



TESIS DOCTORAL

## **Los pactos de exclusiva**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR  
PRESENTADA POR

**Pío Cabanillas Gallas**

DIRECTOR:

**Joaquín Garrigues y Díaz-Cañabate**

Madrid, 2015

TESIS DOCTORAL sobre "LOS PACTOS DE EXCLUSIVA" de  
Pio Cabanillas Gallas

BAJO LA DIRECCION DEL PROFESOR DR.  
D. JOAQUIN GARRIGUES Y DIAZ CAÑABATE



BIBLIOTECA



TE  
1729

LOS PACTOS DE EXCLUSIVA

---

Tesis Doctoral



PIO CABANILLAS GALLAS

## S U M A R I O

## S U M A R I O

	<u>Pág.</u>
SUMARIO ... ..	1
Indice bibliográfico . ... ..	13
Introducción ., ... ..	40
Consideración metodológica ... ..	46

### PRIMERA PARTE

#### CUESTIONES GENERALES

##### CAPITULO PRIMERO

###### La figura del Pacto de Exclusiva

I. La observación de la realidad y el examen de los casos en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ... ..	54
1. La Sentencia de 23 de marzo de 1921 ...	55
2. La Sentencia de 29 de abril de 1955 ...	57
3. La Sentencia de 27 de marzo de 1962 ...	65
4. La Sentencia de 24 de mayo de 1963 . ...	68

	<u>Pág.</u>
5. La Sentencia de 9 de octubre de 1965 ...	68
6. La Sentencia de 18 de marzo de 1966 ...	69
 II. La finalidad de la exclusiva en los diferen <u>tes</u> contratos. ... ..	 72
1. La finalidad de la exclusiva en los con- tratos de intercambio de bienes: compra- venta y suministro por exclusiva. ... ..	73
2. La finalidad de la exclusiva en los con- tratos de cesión de uso ... ..	77
3. La finalidad de la exclusiva en los con- tratos de crédito . ... ..	86
4. La finalidad de la exclusiva en los con- tratos de servicios: agencia, representa <u>ci</u> ción, comisión y mandato .. ...	87
5. Los contratos de exclusiva en el Estatu <u>to</u> de la Publicidad ... ..	91

CAPITULO SEGUNDOPág. .-Concepto y caracteres de la exclusiva

## I. Las notas características de la exclusiva.

Ensayo de una definición ... ..	106
1. La exclusiva como negocio jurídico: cláu sula, pacto y disposición negocial .. ..	108
2. La exclusiva como relación y como situa- ción jurídica ... ..	110
3. La exclusiva como Derecho subjetivo: el Derecho de exclusiva ... ..	116
4. La exclusiva como un "bien jurídico" ...	119

## II. Los tipos de exclusivas.

1. Introducción: necesidad de una tipifica- ción de los diversos supuestos de exclu- sivas ... ..	121
2. La exclusiva y la realidad económica. ...	123
a. El aprovisionamiento o abastecimiento en exclusiva . ... ..	124

	<u>Pág.</u>
b. La distribución en exclusiva. ... ..	126
c. La representación en exclusiva .. ...	128
d. El establecimiento en exclusiva . ...	129
e. La concesión en exclusiva ... ..	131
f. El trabajo en exclusiva . ... ..	133
3. Las cláusulas de exclusiva y el objeto - del negocio jurídico. ... ..	135
4. Pactos de exclusiva y promesas de exclu- sividad. ... ..	136
5. Las exclusivas y el círculo de los suje- tos interesados: exclusivas simples y - exclusivas multilaterales .. ...	139
6. La unilateralidad y la reciprocidad de - la exclusiva ... ..	141
7. La exclusiva expresa y la exclusiva táci- ta o presunta .. ...	143

### CAPITULO TERCERO

#### La naturaleza Jurídica del Pacto de exclusiva

	<u>Pág.</u>
I. El contenido esencial del pacto de exclusiva: la obligación negativa y la obligación de no contratar. ....	150
II. La accesoriidad del pacto de exclusiva: con-- trato accesorio, contrato mixto y contrato - complejo . ....	157
III. La cláusula de exclusiva y las llamadas deter_ minaciones accesorias de la voluntad en el ne_ gocio jurídico ....	160
IV. La función económica de los pactos de exclu- siva. ....	167
1. El pacto de exclusiva como un contrato de empresa ....	167
2. La función económica del pacto: limitación de la competencia e integración económica..	173

PARTE SEGUNDALA CUESTION DE LA VALIDEZCAPITULO CUARTOPág.La validez de los pactos de exclusiva

I. Planteamiento del problema. Los pactos de exclusiva y la disciplina negativa sobre acuerdos limitativos de la libre concurrencia ....	179
1. El concepto jurídico de competencia económica ... ..	181
2. Las características de la competencia mercantil . ... ..	187
3. La licitud de la competencia ... ..	190
4. La libertad de la competencia .. ...	191
5. La lealtad de la competencia: la competencia desleal ... ..	194
6. La regularidad de la competencia: <u>Concurrencia</u> no falseada, no restringida ... ..	207
II. Cláusulas de exclusiva y régimen jurídico de la competencia en el Derecho Comparado ... .	210



1. El problema en el Derecho francés. ... ..	211
a. Las prescripciones sobre "rehusa de - venta" (refus de vente). ... ..	212
b. La Circular Boisdé ... ..	215
c. La Circular Fontanet . . . . .	216
d. El asunto Brandt . . . . .	217
2. El problema en el Derecho alemán . . . . .	219
3. El problema en el Derecho italiano ... ..	224
4. El problema en el "Derecho norteamericano. . . . .	228

### CAPITULO QUINTO

#### Las cláusulas de exclusiva y el ordenamiento jurídico de la Comunidad Económica Europea.

1. El Tratado de Roma .. . . .	234
2. El Reglamento núm. 17 de 6 de febrero de - 1962 ... ..	240
3. El Reglamento núm. 153 de 21 de diciembre de 1962 ... ..	244
4. La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad. ... ..	247
a. El asunto Bosch .. . . .	248
b. El asunto Grundig-Consten .. . . .	252

## CAPITULO SEXTO

### Las cláusulas de exclusiva y el Derecho español de la competencia

	<u>Pág. ---</u>
1. Introducción en el tema e interés actual del mismo ... ..	255
2. La ley española sobre represión de las - prácticas restrictivas de la competencia. Los principios inspiradores de la Ley ...	258
3. Las prácticas prohibidas en la Ley espa- ñola ... ..	264
4. Las prácticas restrictivas concertadas ..	265
a. Prácticas colusorias y prácticas impe- ditivas de la competencia ... ..	267
b. Prácticas convenidas: convenios entre empresarios .. ...	269
c. Los acuerdos y las decisiones de unio- nes de empresas .. ...	270
d. Las conductas conscientemente parale- las ... ..	272
e. Limitación de la competencia y ampli- tud de la práctica ... ..	274
f. Acuerdos horizontales y acuerdos ver- ticales ... ..	275

5. Los supuestos especiales de aplicación de la prohibición. ... ..	276
a. Los acuerdos sobre precios ... ..	277
b. Los acuerdos sobre condiciones de <u>con</u> tratación . ... ..	280
c. Los acuerdos sobre limitación de la - producción. ... ..	281
d. Los acuerdos sobre limitación de la - distribución .. ...	283
e. Los acuerdos sobre la limitación del - desarrollo técnico y de las inversiones	285
f. Los acuerdos sobre el reparto de mer- cados ... ..	285
g. Los acuerdos sobre el reparto de áreas territoriales, sectores de suministro y fuentes de abastecimiento ... ..	287
h. Los acuerdos sobre desarrollo de una - práctica comercial productora de <u>compe</u> tencia desleal ... ..	288
i. Las prácticas disciplinarias .. ...	289
j. Los acuerdos sobre prestaciones <u>suple</u> mentarias .. ...	291

6. Las prácticas abusivas: el abuso de po sición dominante ... ..	292
7. Las prácticas exceptuables o autoriza- bles ... ..	297
a. Los acuerdos de racionalización de los procesos económicos . ... ..	300
b. Los acuerdos para la adecuación de la oferta y demanda . ... ..	302
c. Los acuerdos sobre defensa de la - exportación ... . ... ..	305
d. Los acuerdos sobre importaciones ...	307
e. La elevación de la labor social en sectores deprimidos de la nación. ...	308
8. La Jurisprudencia española sobre prácti- cas restrictivas de la competencia.. ...	308
9. Los contratos de exclusiva en la Ley de prácticas restrictivas de la concurren- cia. ... ..	328

PARTE TERCERALA CUESTION DE LA EFICACIACAPITULO SEPTIMOLos límites de la eficacia del pacto  
de exclusivaPág. ---

1. Introducción. ....	336
2. El límite temporal del pacto de exclusi- va . ....	337
3. El límite espacial del pacto de exclusi- va y el concepto de zona ....	347
4. El límite objetivo de la exclusiva .---- Prestación complementaria en exclusiva y prestación prohibida por virtud de la ex clusiva. ....	350
5. El interés del acreedor o beneficiario - como límite de la eficacia del pacto de exclusiva ....	354
6. La forma y la eficacia en la exclusiva ..	356

## CAPITULO OCTAVO

### Los efectos jurídicos del pacto de exclusiva

Pág. -- -

1. Planteamiento del problema: efectos inter-partes y efectos respecto de terceros. . . . .	358
2. La eficacia inter-partes del pacto de exclusiva . . . . .	361
a. El deber de indemnizar daños y perjuicios .. . . .	363
b. La repercusión del incumplimiento en la obligación principal .. . . .	366
3. La eficacia del pacto de exclusiva en relación con los terceros . . . . .	368
4. Los supuestos típicos de violación de la exclusiva por terceras personas . . . . .	379
a. Pluralidad de concesionarios e invasión de zona .. . . .	380
b. Las llamadas importaciones paralelas en zona de exclusiva .. . . .	383
<u>CONCLUSIONES</u> . . . . .	388
<u>N O T A S</u> . . . . .	399

INDICE BIBLIOGRAFICO

INDICE BIBLIOGRAFICO

ALBERY - COOKE. - Monopolies and restrictive trade practices. (Los monopolios y las prácticas comerciales limitativas). London, 1956.

ASCARELLI.- Sul progetto di legge antitrust. RTDPC., 1950,742.

ASCARELLI.- Teoria della concorrenza e dei beni immateriali. Milán 1957.

ASCARELLI.- Patto di esclusiva, patto di boicottaggio e concorrenza sleale. R.D. Ind. , 1959.

AULETTA.- Alienazione dell'azienda e divieto di concorrenza. Riv. trim. dir. proc. civ. 1956, pg. 1223.

BAARIMAN.- La legislation neerlandaise en matière de cartels et son application. Rapport au Colloque international de Droit Europeen. Bruxelles, 1962.

BAETENS.- Le statut du concessionnaire exclusif de vente et la réglementation de la C.E.E. Bruxelles, 1963.



BARTHOLOMEYCZIK.- La legge tedesca sulla concorrenza. Riv. Soc., 1958, 971.

BEIER.- Die Kartellrechtliche Beurteilung von Alleinvertriebsverträgen im Gemeinsamen Markt und in den U.S.A., en Gewerbliche Rechtschutz und Urheberrecht, 1964 p. 584.

BENEVENTANI.- Opposabilité aux tiers des contrats - d'exclusivité. Rass, prop. ind. 1959, 226.

BENEVENTANI.- Validità et effetti dei contratti di esclusiva in Italia ed all'estero. (Dir. scambi internaz. 1963, 19).

BENEDICENTI<sup>3</sup>(Luigi).- Le clausole di non concorrenza. Diritto e Pratica commerciale. 1932, I, pg. 51.

BERNARDINI.- Disciplina comunitaria e disciplina interna in materia de concorrenza, R.D.E. 1963, 282.

BERNINI.- Rapport général sur les lois antitrust italiennes. Rapports au Colloque international de Droit Europeen, Bruxelles, 1962.

BERNINI.- La tutela della libera concorrenza e i monopoli. Milán, 1963.

BERNINI. - Accordi restrittivi della concorrenza e autorizzazioni per categoria nel trattato istitutivo della CEE ( Riv. trim. dir. proc. civ. 1963,627).

BIEDENKOPF (Kurt). - Vertragliche Wettbewerbsbeschränkungen und Wirtschaftsverfassung.- Die Ausschliesslichkeitsklausel. ( Limitaciones contractuales de la competencia y constitución económica.- La cláusula de exclusividad. Heidelber, 1957.

BIERNER.- Das Alleinverkaufs- und das Alleinvertragsrecht. ( El derecho exclusivo de venta y el derecho exclusivo de representación). Tesis doctoral, Zürich, 1922.

BIERMAN.- La legislation antitrust au Grand Duché du Luxembourg. ibid. 1963, 28.

BLAISE.- Le statut juridique des ententes économiques. Paris, 1964.

BONASI-BENUCCI.- Voz Exclusiva (clausula di). Enciclopedia Giuridica , pg. 377.

BOHM.- Wettbewerb und Monopolkampf. ( El concurso y la lucha de monopolio ). Berlin, 1933.

BORCHARDT-FIKENTSCHER.- Wettbewerb - Wettbewerbsbe-  
schränkungen - Marktbeherrschung. ( Competencia -Li-  
mitaciones de la competencia - dominio del mercado ).  
Stuttgart, 1957.

BOTTA.- Patto di preferenza, di esclusiva, di opzio-  
ne, concorrenza sleale. Dir. giur. 1957, pg. 576.

BRUNN.- Grundzüge des Kartellrechts. ( Rasgos funda-  
mentales del derecho de cartel). Berlin , 1938.

BRUNN.- Der Händlervertrag in der Kraftfahrzeugwirt-  
schaft. ( El contrato mercantil en la economía de los  
automóviles). Frankfurt/M, 1949.

BURCKHARDT DOREN.- Patto di esclusiva per docenti  
universitaria, esclusiva di fabbricazione, scrittura  
contabili obbligatorie. Riv. dir. int. 1954, I, 197.

CALLMANN.- Das deutsche Kartellrecht. Berlin, 1934.

CANDIAN.- Illicità della causa e ordine pubblico  
nella clausole di esclusiva dei contratti di somminis-  
trazione di energia elettrica. Riv. Dir. Pri. 1932,  
II, pg. 43.

CARNELUTTI. - El caso Burlando-Palmolive. R. D.I. -  
1955, II. 139.

CASSEL (Jean). - Refus de vente, clauses d'exclusivité, contrat de concession. Paris, 1960.

CATALANO. - Le regole di concorrenza nel trattato della CEE. Riv. della Soc. 1965, pg. 210.

CATALANO. - Les conventions dites d'exclusivité et -  
l'art. 85 C.E.E. Recueil Dalloz., 1964, p. 173.

CLAUDE (Jacques). - Etude de la clause d'exclusivité de fourniture insérée dans les contrats entre les -  
brasseurs et leurs clients. These, Strasbourg, 1949  
(dactylographiée).

CONSARD. - Le refus de vente. R. trim. D. Comm. pag.  
178, 1962.

CORRADO. - Della somministrazione, en el Trattato de  
Vassalli. Torino, 1954.

COSWARD. - Concession exclusive et refus de vente.  
Dalloz. Rec., 1962, Chron, 39.

COU-LOMBEL. - Les obligations spéciales de l'acheteur dans certains vents commerciales, en la vente commerciale des marchandises. Paris, 1951.

COVIELLO.- L'Obligazione negativa. Nápoles, 1931.

CURTI.- Das Antitrustrecht der Vereinigten Staaten von Amerika. Zurich, 1955.

CHAMBERLIN.- The t̄heorie of Monopolistic Competition. (La teoría de la competencia monopolística). 6ª edición. Cambridge 1950.

CHAMPAUD.- La concession commerciale. Rev. T. Dr. Comm. 1963, 451.

D'AVACK.- Studi sulla natura giuridica del contratto di vendita con esclusiva. Studi in memoria di G. Dettori. Firenze, 1941.

DE BISEAU DE HAUTEVILLE.- Le statut des concessionnaires exclusives. Bruxelles, 1962.

DEGNI.- La compraventa. Madrid, 1957.

DEL MARMOL.- La protection contre les abus de puissance économique en droit belge. Liège, 1960.

DE MARTINI.- Sulla natura giuridica del contratto di vendita con esclusiva, en Giuruspr. Compl. Cass. civ., 1947, XXIV. I, 415 ss.

DE MARTINI. - Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio. ( La vendita con esclusiva. Capitolo VI, pg. 289). Milán. Giuffré, 1950.

DERINGER. - Contenuto ed efficacia del primo regolamento sulla concorrenza nella Comunità economica europea. ( Riv. soc. 1963, 762 ).

DERINGER. - Les règles de la concurrence au sein de la C.E.E. ( Analyse et Commentaires des articles 85-94 du Traité ). Rev. Marché Commun. 1963 y sigs.

DERINGER. - E.W.G. Kartellrecht : Keine Freistellung für Alleinvertretungsverträge mit absolutem Gebietschutz . (Ninguna opción para los contratos de representación con exclusiva con protección absoluta del dominio ). Betriebsberater, 1964, nº 10 p. 329.

DERINGER-TESSIN. - Les contrats d'exclusivité dans le Droit du Marché Commun. Mont. off. Comm. Ext. 1962 n. 167.

DRAETTA. - Il progetto di regolamento di applicazione degli art. 85 e 86 del Trattato istitutivo della CEE. ( Dir. internaz. 1961, I, 144 ).

DRYAN.— Restraint of buyer's freedom under art. 85.  
(Limitación de la libertad del comprador bajo art. 85).  
Common Market Law Review, p. 1481.

DURRY.— Ouragan européen sur les exclusivités. Re -  
cueil Dalloz, 1963, p. 177.

EHRENBACHER.— Der Bayrische Bierlieferungsvertrag.  
( El contrato bávaro sobre el suministro de cerveza ).  
Tesis doctoral, Erlangen, 1903.

ENGELMANN.— Der Kampf gegen de Monopole in den USA.  
( La lucha contra los monopolios en los EE.UU ). Ber-  
lin y Tübingen, 1951.

EUCKEN (Walter).— Wettbewerb, Monopol und Unterneh-  
mer. ( Concurso, monopolio y empresario ). Bad Nau -  
heim, 1953.

EULA.— Della somministrazione, en el Commentario del  
Codice Civile de d'AMELIO-Finzi. Florencia, 1947.

FAGETTI.— I Bèrichte del Bundeskartellamt sulla pro -  
pia attività negli anni 1959 a 1960. Riv. Dir. Ind.,  
II, 387.

FEDELE.- Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio del credito. Milán, 1954.

FERNANDEZ RODRIGUEZ (C).- La nueva Ley británica sobre acuerdos restrictivos de la libre concurrencia. R. D. Mercantil. Vol. XXIII, nº 64, 1957, pg. 377.

FERRI (Giuseppe).- Esclusiva (Patto di).- Noviss Digesto Ital., VI 689 y sigs.

FERRI.- Vendita con esclusiva. D.P.C. 1933, I, 170 y sigs.

FIKENTSCHER.- Les lois antitrust allemandes. Extrait des Rapports au Colloque international de Droit Européen. Bruxelles, 1962.

FINOCHIARO.- Il c.d. rappresentante con esclusiva. R.D.C. 1920 , p. 248.

FIorentino.- Contratto di somministrazione. Nápoles, 1952.

FLECHTHEIM.- Die rechtliche Organisation der Kartelle. (La organización jurídica de los cartels). Mannheim - Berlin - Leipzig, 1923.



FOSANEANU. - Le Droit de la concurrence de la C.E.E. et le Droit antitrust des Etats Unis. Rev. Maché Commun, 1965. 347.

FOSCHINI.- La Corte di giustizia delle Comunità Europee e l'interpretazione dell art. 85 del Trattato della CEE. Riv. dir. comm. 1963, II, I y Annali Macerata , 1963, 387.

FORMIGGINI (Aldo). - Il contratto di agenzia en el Trattato de Vassalli, 2ª edic. Turin, 1958.

FRANCESCHELLI (Remo). - Natura giuridica della compravendita con esclusiva. R.D.C., 1939, I, 241.

FRANCESCHELLI.- Cronache e variazioni giurisprudenziali sulla importazioni in zona di esclusiva. R.D. Ind. II, 116.

FRANCESCHELLI.- Importazioni libere in zone di esclusiva e concorrenza sleale. R.D. Ind. 1954.

FRANCESCHELLI.- Primo bilancio sulle importazione libere in zona di esclusiva. R.D. Ind. 1956, II, 70.

FRANCESCHELLI.- Epilogo sulle importazione libere in zona d'esclusiva. R.D. Ind. 1957, II, 209.

FRANCESCHELLI. - Il primo regolamento di applicazione degli art. 85 e 86 del Trattato di Roma. R.D.C., 1962, 429.

FRANCESCHELLI. - Contratti con esclusiva, licenze di brevetto e legislazione antimonopolistica comunitaria. Riv. delle Soc., 1962, 1121.

FRANCESCHELLI. - Importations parallèles (ou clandestines) en Italie de produits de marque réalisées en dehors du concessionnaire exclusif. R.D. Ind. 1963, 281.

FRANCESCHELLI. - El Reglamento nº 17. R.D. Ind., 1963, 293.

FRANCESCHELLI. - El caso Grundig-Costen. R.D. Ind. 1963.

FRANCESCHELLI. - Importations paralleles en Italie de produits de marque réalisées en dehors du concessionnaire exclusif. Riv. dir. Ind. 1963, II, pg. 281.

FRANCESCHELLI. - La Corte di Milano e le esclusive d'importazione. Riv. dir. ind. 1954, II, 242.

FRANCESCHELLI-PLAISANT-LASSIER. - Droit européen de la concurrence. Paris 1966.

FRANCON.- Les ententes et le monopole selon le traité de Rome: premier règlement d'application des articles 85 y 86. (Journal droit internaz. 1962, 368).

FRIEDLANDER.- Konzernrecht. 2ª edición, Berlin y Frankfurt/M 1954.

FRIEDLANDER.- Die Rechtspraxis der Kartelle und Konzerne in Europa. ( La práctica jurídica de los cartels y de las agrupaciones industriales en Europa ). Zurich, 1938.

FRIEDMANN.- Antitrust Laws. A comparative symposium. Londres. 1956.

FUCHS (Dieter).- Kartellverbot und Einzelvertrag. (Prohibición de cartel y contrato individual). Colonia, 1963.

FUNKE.- Treurabatt und Kartellverordnung. ( El descuento de buena fé y la reglamentación del cartel ). Tesis doctoral, Bonn, 1934.

GARRIGUES.- Estudios sobre el contrato de compraventa mercantil. (Venta con pacto de exclusiva). Revista Derecho Mercantil . 1961, nº 80, pg. 308.

GARRIGUES.- La defensa de la competencia mercantil.  
( Curso de cuatro conferencias sobre la ley española  
de 20 de julio de 1963 ). Sociedad de Estudios y Pu-  
blicaciones. Madrid 1964.

GHIRON.- La concorrenza e i consorzi en el Trattato  
de Vassalli. Torino 1949.

GIANNATTASIO (Carlo).- Le permuta, il contratto es -  
timatorio, la somministrazione, en el Trattato de CI-  
CU-MESSINEO. Milán 1960.

GIORDANO.- Il contratto di agenzia . Bari. 1959.

GLEISS.- Kartelle und Monopole. England als Beispiel.  
( Cartels y monopolios con el ejemplo de Inglaterra ).  
Heidelberg 1952.

GLEISS.- Kartellrechtliches Gutachten über Auslegung  
und Auswirkung der Ausnahmen für die Landwirtschaft  
im Entwurf des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkun-  
gen. (Dictamen referente al derecho de cartel, sobre  
la interpretación y los efectos de las excepciones  
de la agricultura en el proyecto para una ley contra  
las restricciones del concurso ). Bonn 1952.

GLEISS - HIRSCH.- EWG - Kartellrecht. Comentario.  
Heidelberg 1962.

GLEISS - HIRSCH.- EWG. Kartellrecht. Heidelberg 1962.

GOLDSCHMIDT.- En attendant l'arrêt Grundig; la notion d'abus d'exclusivité selon l'art. 85 du Traité de Rome. Recueil Dalloz, 1965 p. 237.

GORI.- Alcuni problemi di interpretazione degli art. 177 e 85 del Trattato della CEE. ( Foro pad. 1962, V, 45 ).

GORLA.- La compravendita e la permuta en el Trattato de Diritto Civile de Vassalli, Torino 1937.

GOTZEN.- Exclusivités d'approvisionnement, primes de fidélité, abus de puissance économique et concurrence déloyale. Journal des Tribunaux, 1964, p. 705

GRAZIANI.- Importazioni libere in zona d'esclusiva.  
R.D.Ind. 1954, II, 335.

GRECO.- Vendita con esclusiva. D.P.C. 1923.

GRECO.- Ancora sulla concorrenza sleale per violazione di esclusiva di vendita. R.D.C. 1955, II, 447.

GROEBEN - BOECKH.- Kommentar zum EWG Vertrag. ( Comentario al contrato de la Comunidad Económica Europea).  
Baden-Baden 1958.

GUEPHE.- L'evolution du delit de refus de vente, Etudes Hamel, pag. 423.

GUGLIELMETTI.- Limitazione nel tempo di clausole restrittive di concorrenza inserite in un contratto di somministrazione. R.D.I. 1958.

GUGLIELMETTI.- Limite negoziali della concorrenza.  
Padova 1961.

GUYENOT.- Les conventions d'exclusivité de vente.  
Rev. Trim. de Droit Comm. 1963, p. 514.

HARY - BIERMANN.- La legislation antitrust au Grand Duché de Luxembourg. Rapport au Colloque de Droit Européen. Bruxelles 1962.

HELLMANN y PFEIFFER-HENNEBERG-SCHARZ.- Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und europäisches Kartellrecht. ( Comentario a la ley contra las limitaciones de la competencia y derecho europeo de cartel ). ( 2ª edición, Editorial Heymann, Colonia 1963 ).

HEMARD.- Nota en Rev. T.D. Comun. 1953, pg. 720.

HEMARD.- Les contrats commerciaux. Les ventes commerciales. Le gage commercial. Forma parte del TRAITE THEORIQUE ET PRATIQUE DE DROIT COMMERCIAL. Jean Escarra. L. Recueil Sirey, 1953.

ISAY.- Die Geschichte der Kartellgesetzgebung . ( La historia de la legislación de cartel ). Berlin 1955.

JAEGER.- Illicita dei tying contracts nel trattato istitutivo delle CEE. Riv. Dir. Ind. 1958, pg. 474 .

JEANTET.- Reflexions sur l'application du droit des ententes aux contrats emportant una clause d'exclusivité. Juris Class. Período 1963, I, pg. 1743.

JEANTET.- La première decision de la Commission de la CEE appliquant l'art. 85 á un accord de distribution exclusive. Juris Classeur. Recueil. ( Brevets d'invention, concurrence, ect ). 1964, p. 1831.

KAUFMANN y otros.- Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. ( Comentario a la ley contra las limitaciones de la competencia ). Colonia 1958-1963.

KAUL.- Zur Anmeldung von Ausschliesslichkeits- und Vertriebsbindungen nach der EWG - Kartellrecht.  
( Respecto a la declaración de las obligaciones de exclusividad y de venta conforme a la C.E.E.- El derecho de cartel ). En Aussenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters 1962, 1956.

KLAVE.- Das Kartellrecht in der Praxis . Rechtsprechung und Verwaltungspraxis zum GWB. ( El derecho de cartel en la práctica. La jurisprudencia y la práctica administrativa sobre el GWB ). Düsseldorf 1961.

KRAWIELICKI.- Das Monopolverbot im Schumanplan.  
( La prohibición de monopolio en el plan de Schuman ).  
Tübingen 1952.

KRONSTEIN - MILLER.- Modern American Antitrust Law.  
New York 1958.

LADAS.- Les accords de distribution exclusive et les lois antitrust du Marché Commun. Prop. Industri. 1965, p. 17.

LANGELOTTI.- La repressione de la concorrenza sleale negli State Unite. Padova 1961.



LANGEN. - Kommentar zum Kartellrecht. ( Comentario al derecho de cartel ). Neuwied 1958.

LA LUMIA. - Ancora su importazioni libere in zona di esclusiva e concorrenza sleale. R.D.I. 1965, I. 5.

LEHMPFUHL. - Vertriebsbindungen. ( las obligaciones de venta ). Colonia 1965.

LE TARNEC. - Les exclusivités de vente et le Traité du Marché Commun. Rev. int. propr. ind. 1963 p. 97.

LEONE. - L'esclusiva contrattuale in Diritto europeo comunitario. Roma 1961.

LIBONATI. - Osservazioni in tema sulla nuova legge tedesca sui cartelli. Riv. Soc., 1958 - 1282.

LIGI. - La disciplina della concorrenza e il contratto di agenzia con esclusiva in una interessante fattispecie, in Riv. Dir. Civ. 1957, I, p. 106.

LUKES (Rudolf). - Der Kartellvertrag. Das Kartell als Vertrag mit Aussenwirkung. ( El contrato de cartel. El cartel como contrato con efectos exteriores ). Berlin -München 1959.

LUZZATTO.- Concorrenza illecita in relazione alla vendita in concorrenza con l'agente esclusivo di prodotti acquistati all'estero. R. prop. ind. 1952. P. 239.

MAYER-WEGLIN.- Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. ( Ley contra las limitaciones de la competencia ). Frankfurt 1958

MINERVINI.- Le legge belga contro l'abuso di potere economico. Riv. della Soc. 1961, p. 326.

MOK(Robert).- Il trattato de Roma e i contratti di rappresentanza esclusiva. Riv. della Cos. 1963, p. 652.

MORERA.- Il patto di esclusiva della giurisprudenza e nella dottrina italiana. R. Dir. Ond. 1962.

MORERA.- Considerazioni in tema di disciplina comunitaria del patto di esclusiva. R.D. Ind. 1964, p. 52.

MORERA.- Brevi considerazioni in ordine alla decisione della Commissione della C.E.E. nel caso Grundig -Consten. R.D. Ind. 1964, II, p. 285.

MOSCO.- La concorrenza sleale. Nápoles 1956.

MÜLLER - GRIES.- Kommentar zum Gesetz gegen Wettbe-  
werbsbeschränkungen. Frankfurt 1958. ( Comentario a  
la ley contra los límites de la competencia ).

MÜLLER - HENNEBERG - SCHWARTZ.- Gesetz gegen Wettbe-  
werbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht.  
( Ley contra los límites de la competencia y derecho  
europeo de cartel ). 2ª edición 1963. Colonia y Ber -  
lin.

OPPO.- I contratti di durate. R.D.C. 1943 , I, 240.

PELLICER.- Diez años de intentos y concentraciones  
en la CECA. R.D.M 1965, p. 79.

PELLICER.- La política de la competencia mercantil  
en la CEE. R.D.M 1966, p. 111.

PERETTI GRIVA.- La messa in vendita di merce estera  
in cosciente violazione del diritto di esclusiva ap-  
partenente ad un reppresentante generale. R.D.I 1955  
II, pg. 150.

PLAISANT.- Les contrats d'exclusivité et le Traité  
de Rome. Direction 1963, pg. 877.

PLAISANT. - Les contrats d'exclusivité. Rev. Trim. de Droit comm. 17,1. 1964. p. 1

PLAISANT. - Les contrats d'exclusivité de vente dans le Marché Commun. Direction 1962, p. 853.

PUENTE. - El pacto de exclusiva en la compraventa y el suministro. Rev. Der. mercantil. 43,103. 1967 p. 75.

QUADRI-MONACO-TRABUCCHI. - Comentario del Tratado institutivo della C.E.E. Milán 1965.

RAMELLA. - Fornitura di merce con esclusiva. R.D.C. 1918, II. p. 138.

RASCH. - Wettbewerbsbeschränkungen, Kartell- und Monopolrecht. ( Limitaciones de la competencia, el derecho de cartel y de monopolio ). Berlin 1957.

RAVA. - Le clausole di concorrenza. R.D.C. 1903.

REUTER. - La communauté Européenne du Charbon-et de l'Acier. Paris 1953.

RITTNER (Fritz)..- Die Ausschliesslichkeitsbindungen  
in dogmatischer und rechtspolitischer Betrachtung.

( Los pactos de exclusiva desde el punto de vista dog-  
mático y jurídico-político ). Düsseldorf 1957.

ROTONDI..- La disciplina della concorrenza negli Sta-  
ti Unite. R.D.C. 1962, p. 410.

RUBINO..- La compravendita . Milano 1950, p. 270 yss.

RYZIGER..- La legislation antitrust en France. Rappors  
au Colloque international de Droit Européen. Bruxelles  
1962.

RYZIGER..- Le contrat de concession exclusive de ven-  
te face au delit de refus de vente et a la reglamen -  
tation sur les restrictions a la concurrence dans le  
Marché Commun. Gaz. Palais. 1963.

RYZIGER..- La legislation antitrust en France. Ann.  
Comp. Studi legisl. 1963, p. 58.

RYZIGER..- Jurisprudencè de la Court de Justice des  
Communantes européennes. Gazette de Palais 1963, I  
Doctr. p. 10.

SALANDRA.- Contratti preparatori e contratti di coordinamento. Riv. Dir. comm. 1940, I, pg. 25.

SALVATORI - NIUTTA.- La disciplina della licencia di concurso e di mercato. Milán 1960.

SALVINI.- Competenza per territorio e clausola di esclusività. Giurispr. ital. 1934, I, 1º 1077.

SANCHEZ CALERO.- El proyecto de ley de represión de las prácticas comerciales restrictivas de la competencia. Revista Derecho Mercantil. 1963, nº 88 p.307

SCARDIGLI.- Patto di esclusiva e limite convenzionale alla libera concorrenza. Foro ital., 1960, I, p. 486.

SCHLIEDER.- EWG - Kartellrecht. 1962.

SENEN y otros.- La protección de la libre competencia . Trabajo del Seminario de Estudios y Publicaciones , bajo la dirección de Senen y con la colaboración de BERCOVITZ, GARRIGUES y JIMENEZ DE PARGA. R.D.M.- 1965, p. 153

Sociedad de Estudios y Publicaciones. Ley española de Prácticas restrictivas de la competencia. Madrid 1964. SENEN y otros.

SHAPIRA.- Les problemes de la concession exclusive.  
Clunet 1964, pg. 495.

SORDELLI.- La concorrenza sleale . Milán 1956.

SPENGLER.- Die Wettbewerbsregeln der europäischen  
Wirtschaftsgemeinschaft. ( Las reglas de la competencia de la CEE ). Colonia 1957.

SRAFFA.- Le clausole di concorrenza. Studi per Schupfer. Vol III. Torino 1898.

STOLFI (Mario).- Diritto europeo in materia di concorrenza. R.D.C. 1963, pg. 332.

STOLFI.- L'obbligo legale a contrattare. Riv. Dir. civ. 1932, pg. 105

TAMAMES.- La lucha contra los monopolios. Madrid 1961.

TAMBURRINO.- I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto. Giuffré, Milano 1954.

TESSIN.- Alleinvertriebsverträge im Wettbewerb des G.M. ( los contratos de venta exclusiva en la competencia del G.M. ). Betriebsberater 1962, pg. 128.

TETZNER.- Krtellrecht. Munich y Berlin 1965.

TOULEMON.- La speculation par refus de vente. Rev.  
Trim. Droit Comm. 1961, pg. 1.

VAN BUNNE.- L'agent exclusif et le contrat de conces-  
sion exclusive en regard de la réglementation du Mar-  
ché Commun. Journal des Tribunaux, 1936, pg. 432.

VAN CISE.- A practical guide to the Antitrust Laws.  
( Guía práctico a las leyes antitrust ). Nueva York,  
1952.

VAN REEPINGHEN - WAELEBROECK.- La legislation belge  
concernant les pratiques retreignant la concurrence.  
Rapports au Colloque international de Droit européen.  
Bruxelles 1962.

VAN REEPINGHEN - WAELEBROECK.- La legislation belge con-  
cernant les pratiques restrictives de la concurrence.  
Ann. Comp. Stud. Legis. 1963, pg. 17.

VIEHWEG.- Topik und Jurisprudenz. Munich 1963. Hay  
una magnifica traducción en español de Díez Pícazo.  
Madrid 1964.



VOIRIN. - Commentaire a la loi du 14 octobre 1943 en  
Recueil Critique Dalloz, 1944, I, pg. 1.

VON BRUNN. - Die Wettbewerbsläuternde Vereinbarung.  
( el acuerdo aclaratorio de la competencia ). Home-  
naje a Rudolf Bay. Colonia y Berlin 1956.

VON WERDT. - Applicazione dell'art. 85 del Trattato  
della C.E.E. di contratti di scambio. Riv. della Soc.  
1962, pg. 793.

VON DER GROEBEN. - La politica della concorrenza nel-  
la C.E.E., R.D.C. 1962, pg. 329.

WURDINGER. - Il sistema tedesco dei cartelli. N.R.D.C.  
1954, pg. 12.

ZANELLI. - Fondamenti del sistema della concorrenza  
in diritto americano. N.R.D.C. 1955, pg. 211.

I N T R O D U C C I O N

# I

El objeto de este trabajo lo constituye el estudio y el análisis de la figura jurídica conocida en la doctrina y en la jurisprudencia modernas con el nombre de cláusula o pacto de exclusiva. Como es sabido, se denomina cláusula o pacto de exclusiva a una disposición negocial típica, que suele insertarse con extraordinaria frecuencia en múltiples contratos de diversa índole y que tiene por finalidad proporcionar al acreedor de una prestación contractual una situación por decirlo así, de monopolio respecto de todas las prestaciones de idéntica naturaleza y contenido que el mismo deudor pueda realizar (1). Se deduce de ella, que una disposición negocial como la descrita hace surgir inmediatamente una situación de restricción o de limitación de la libertad y de las posibilidades de obrar del deudor, puesto que solo en favor del mismo acreedor, en cuyo interés el pacto o cláusula ha sido establecido, podrán ser realizadas aquellas conductas de prestación, idénticas a la comprometida. Al mismo tiempo, el acreedor obtiene una ampliación o en ensanchamiento de sus posibilidades económicas, puesto que

se beneficia del carácter exclusivo con que se dota y de que se reviste a esa conducta económicamente interesante y valiosa, que es la conducta de prestación.

(2). En tal sentido, se podría incluso llegar a decir que las cláusulas o pactos de exclusiva se originan - en la economía moderna con la finalidad de proporcionar al acreedor, sobre la actividad de otras personas, -la que en sentido técnico se denomina prestación- - aquella misma situación de monopolio y de exclusividad que, cuando recae sobre bienes materiales o sobre cosas, se conoce técnicamente con el nombre de derecho real (3). Con un juego de palabras diríamos que estos pactos o cláusulas tienden a dar efecto "real" a los derechos sobre prestaciones, que por su naturaleza son, sin embargo, según es sabido, derechos de crédito.

Desde un punto de vista económico, la cláusula de exclusiva al proporcionar a su beneficiario las posibles ventajas que significa la exclusión de competidores, plantea el problema de su encuadre general dentro de la teoría de la competencia, tanto desde el ángulo de su admisibilidad, como desde el de su deslinde o - asiento dentro de los pactos limitativos o restrictivos de aquella. (4).

Las llamadas cláusulas o pactos de exclusiva pueden y suelen insertarse, como decimos, en contratos de la más variada especie (5). Es bien conocido el pacto o cláusula de exclusiva añadido a un contrato de compra-venta o de suministro: en virtud de él, el vendedor o suministrador conviene con el comprador o adquirente de las mercaderías que este último será el único posible comprador de las mismas. O bien a la inversa: el comprador promete que solo adquirirá las mercancías en cuestión, de un determinado suministrador (6).

Cabe igualmente el pacto de exclusiva en los llamados contratos de servicios, de trabajo y de gestión: la persona que en virtud del contrato ha de prestar sus servicios se compromete a realizarlos exclusivamente en favor del otro contratante. Piénsese en trabajos de incole manual o en servicios profesionales que se prestan bajo la fórmula de "full time", en el trabajo de un artista para un empresario o bien en los servicios de gestión de un agente, de un mandatario, de un apoderado o de un representante.

Las cláusulas o pactos de exclusiva se presentan también bajo otro aspecto, en algunos contratos de cesión del uso de determinados bienes como son los arrendamientos y otros negocios semejantes: en el arrenda-

miento de un local de negocio, que se realiza para establecer en él un determinado tipo de comercio o de industria, en las reservas de exclusiva en un mercado, o en una zona residencial, o en una nueva urbanización, etc.

Se trata, como puede verse, de un fenómeno jurídico y económico de una gran amplitud, que posee hoy notoria importancia y que plantea toda una serie de problemas, tanto para conseguir su más perfecta construcción o configuración dogmática como para establecer lo más claramente que sea posible su ámbito de aplicación, sus presupuestos de validez y los efectos a que puede dar lugar (7).

Ha dado por ello ocasión la figura que nos ocupa a una serie de estudios, muy completos, en la doctrina extranjera, sobre todo entre los autores italianos, a lo largo de todo lo que vá de siglo, y ha sido estudiado también, en especial últimamente, por los autores franceses y alemanes. (8).

En nuestro país, sin embargo, el problema se encuentra todavía casi huérfano de todo tratamiento doctrinal, lo que contrasta sobremanera con el hecho de que tanto la legislación positiva como la jurisprudencia

cia de nuestro Tribunal Supremo hayan dado ya ocasión a que este tratamiento se produzca. Efectivamente, son ya varias las sentencias de nuestro Tribunal Supremo - en las cuales el problema de las cláusulas de exclusiva ha sido planteado y resuelto, lo que demuestra, sin ningún género de dudas, la evidente vitalidad de la - institución. Por otra parte, muy recientemente, el Estatuto de la Publicidad, en su artículo 15, ha aludido, aunque sea de pasada, a las llamadas "exclusivas de publicidad", distinguiendo con gran nitidez dentro de - ellas, las que tienen un "origen contractual" de aquellas otras que resultan de la naturaleza de los bienes utilizados como "soporte" publicitario. (9).

Por todo ello, parece que es ésta una hora propicia para dedicar a la figura de los pactos o cláusulas de exclusiva un estudio, que, si bien no podrá ser todo lo completo y exhaustivo que el tema exige, permita, al menos, tomar conciencia de la problemática que en la mencionada institución se encuentra planteada, apuntar o esbozar las posibles soluciones a los referidos problemas, y con todo ello, hacer posible un conocimiento puntual de la misma. No otra es la finalidad a que se - dirigen las presentes páginas.

## II

La problemática que queda esbozada es, como se vé, muy amplia y sumamente compleja. Se encuentran en juego, en ella, no solamente los conceptos y las figuras básicas del Derecho de Obligaciones, sino incluso muchas cuestiones centrales de la Teoría General del Derecho, lo que por sí solo es ya un obstáculo grave para acometer el tratamiento del tema propuesto. Pero es que, además, como ya hemos dicho, en nuestro Derecho Positivo la dificultad se acrecienta en razón a - que carecemos por completo de una reglamentación legal. Nos encontramos, obligatoriamente, frente a una auténtica laguna de la Ley, que, con arreglo al artículo 6º del Código Civil, ha de ser integrada acudiendo a los principios generales del derecho, con toda la - grave inseguridad que esta integración por vía principal lleva consigo.

El pacto de exclusiva es, ya lo hemos dicho, una figura jurídica que, aún poseyendo lo que se ha dado en llamar tipicidad social, carece en cambio de tipicidad legislativa (10). En nuestro país, solamente - unas cuantas decisiones de nuestro Tribunal Supremo -



nos proporcionan algunas de las piezas del rompecabezas. El resto de ellas es menester encontrarlo acudiendo a los ya referidos principios generales del sistema, con auxilio de una doctrina científica, que como quiera que entre nosotros no ha proliferado, ha brá de ser casi ineludiblemente extranjera. Lo cual acarrea una nueva dificultad: el ajuste de esta doctrina, nacida y desarrollada bajo los principios de un ordenamiento jurídico distinto, normalmente más explícito y en ocasiones propugnador de soluciones que pueden no resultarnos idóneas.

En este intento de llegar -por una vía particular- a los problemas generales de la Ciencia del Derecho, se encuentra la justificación última de la elección del tema y del desarrollo del mismo. Si se tratara solamente de analizar la problemática jurídica particular a que el fenómeno analizado da lugar, este trabajo tendría, probablemente, una transcendencia muy escasa. Si alguna ha de poseer, ello no será debi do al tratamiento particularizado del tema, sino al hecho de que, al socaire del mismo, puedan replantearse algunos de los problemas capitales de la ciencia del derecho y, en definitiva, la cuestión central de la realización del derecho.

Por ésto, ha presidido la redacción de estas líneas, en primer lugar, una preocupación de signo metodológico. En los últimos años la evolución de la metodología del derecho se ha presentado como un intento de superación de la vieja jurisprudencia conceptual.

Las consecuencias excesivas de la dogmática y su formalismo relegaron muchas veces la Justicia ante la pura aplicación de esquemas lógicos. El primer gran paso crítico, lo ofreció la jurisprudencia de intereses. Los nombres de JHERING y HECK, honran esta nueva orientación. Pero ninguno de los representantes de esta tesis pensaron nunca en volverse contra la formación de "conceptos jurídicos", sino más bien contra un modo determinado, casi diríamos cómodo, de emplear estos conceptos.

Todos ellos comprendieron que la búsqueda del derecho surge inicialmente como un procedimiento a tientas y solo tardíamente se hace investigación sistemática y por tanto orden conservador.

En esta función, la vieja dogmática, ofreció a todo lo largo del siglo XIX, uno de los más claros ejemplos de creaciones mentales del hombre. Si somos capaces de no olvidar que los conceptos no son creado

res de la situación jurídica positiva, sino simples ayudantes de la ciencia jurídica y del intérprete, todos tenemos que reconocer la gran labor realizada por la escuela dogmática.

El método de la jurisprudencia de intereses representó, a nuestro juicio, una evidente superación de las viejas dificultades. Pero hoy también se encuentra abandonado en parte, al estimarse, de modo acertado, que la ley no puede ser solamente un producto causal de los intereses en juego, por lo que se habla de una nueva jurisprudencia de valoraciones -en especial STOLL- que apunta que en la propia ponderación de aquellos intereses hay siempre un juicio valorativo del Juez o del intérprete. La ley, en efecto, deja muchas veces un "espacio" para la valoración. En estos casos, la solución es, en parte, - "construida" utilizando criterios que pueden estimar se como "bases extralegales".

Esta orientación observa el fenómeno jurídico - desde el punto de vista de cuales deben ser los me-dios que se proporcionan al intérprete para resolver los. Por ello, lógico resulta que otra novísima posición metodológica plantee el tema más en su origen -

y apunte que lo importante en los casos difíciles es intentar determinar el problema para después encontrarle una solución, que muchas veces no podrá descansar en las ordenadas seguras de la sistemática, - sino que tendrá que ser obtenida utilizando el arsenal de la "Tópica", que sólo ofrece soluciones probables sin rigor de axiomas.

Dicha Jurisprudencia de problemas defenderá que ella fué la primera históricamente, ya que en principio era el caso y que solo un excesivo afán dogmático la arrinconó. A su favor, no hay duda, de que - siempre el principio se descubre originariamente en el caso concreto. Esta es, para nosotros, la parte más sólida de la nueva tendencia. Lo que vemos más dudoso es estimar que los recursos tópicos sean panaceas de soluciones. En rigor, en derecho se avanza como en todo "conservando los resultados obtenidos".

Lo que si ocurre es que hay casos nuevos. Estos exigen cambios de enfoque o de situación y el acierto del intérprete será tratarlos dogmática o tópicamente. En un mundo como el actual, donde ya se está observando la aproximación entre el sistema abierto (anglo-sajón) y el sistema cerrado (continental) y al

que se le plantean cada día nuevas exigencias, debe ser necesario llegar a una síntesis del procedimiento metodológico, que permita extraer lo más idóneo de cada uno en aras de una decisión útil, centrada sobre el supuesto.

Cabría hablar por ello, de una coexistencia pacífica de métodos. El de la jurisprudencia de conceptos, el de la jurisprudencia de intereses y el de la jurisprudencia de las valoraciones o problemas. Lo que ocurre es que existen, por decirlo así, unos terrenos que son más idóneos para un método y unas zonas más adecuadas para otros.

Hay que pensar que existen conflictos típicos de intereses que por su larga tradición han obtenido ya una institucionalización básica y respecto de los cuales existe un núcleo de general acuerdo en cuanto a su tratamiento y en cuanto a las soluciones normativas que deban recibir. En estas zonas, muy institucionalizadas, puede hablarse de dogmas jurídicos y puede procederse, en línea de principio, de acuerdo con los criterios de una jurisprudencia dogmática. Existen en cambio, otras zonas, que se en

cuentran muy condicionadas por la evolución económica y sociológica y en los que, por esta razón, la institucionalización de problemas y de soluciones no ha sido posible todavía. En ellas, otros métodos se revelan como más útiles. En parte debido a la novedad de los problemas, planteados por nuevos condicionamientos sociales y económicos, en parte debido también a la falta de unos criterios directivos -normas, precedentes- se hace necesario en ellos un mayor arbitrio judicial y adquiere en ellos una mayor importancia el caso concreto. Al mismo tiempo y por esta misma razón, no es posible aspirar a encontrar soluciones absolutas, pues cada solución aparece muy condicionada por las características de cada caso. La finalidad del intérprete debe consistir entonces en encontrar lo que acertadamente se han llamado "cláusulas generales", -esto es, reglas directivas que no poseen el valor de soluciones absolutas, sino el de principios que pueden servir de pauta para efectuar en cada caso la discusión de los problemas y tratar, a través de ellos, de encontrar las soluciones. (11).

El tema de los pactos o cláusulas de exclusiva se encuentran a nuestro juicio en esta zona. No ocurre aquí como acontece en otros sectores del Derecho Civil o del Derecho Mercantil clásico, donde las situaciones, por su institucionalización, admiten una ordenación clara. Nos encontramos, en cambio, frente a fenómenos condicionados por el moderno devenir económico -el nuevo Derecho Industrial, el Derecho de la Competencia- que reclaman imperiosamente la puesta en práctica de "otras" soluciones. (12).

Creo, por ello, que conviene cerrar estas breves ideas metodológicas con unas palabras de ENGLISH: "se deja de ser jurista cuando se empieza a preguntar sobre la validez absoluta del Derecho... hay que ir al problema concreto: la transformación de criterios éticos y político-sociales en verdades jurídicas no se lleva a cabo mediante un pensamiento axiomático, sino a través de un pensar problemático"(12).

PRIMERA PARTE

CUESTIONES GENERALES



## CAPITULO PRIMERO

### LA FIGURA DEL PACTO DE EXCLUSIVA

#### I. La observación de la realidad y el exámen de las cláusulas de exclusiva en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Existen varias sentencias de nuestro Tribunal Supremo, en las cuales el problema de los pactos de exclusiva ha sido planteado.

#### I

La primera de ellas es la sentencia de 23 de marzo de 1921 (Sociedad Internacional Talking Machine c. Compañía del Gramófono, S.A. y Márquez López. Los hechos que dieron lugar al litigio que con dicha sentencia fué resuelto fueron en resumen los siguientes. La compañía demandante y doña Francisca Márquez, conocida artísticamente por el nombre de Raquel Meller, celebraron el día 1 de febrero de 1913 un contrato, que consignaron en documento privado y en el que convinieron que dicha artista se obligaba a cantar, para impresionar en -

discos de máquina parlante, durante un periodo de cinco años, los trozos de música que de común acuerdo eligieran, así como a repetir su impresión cuantas veces fuera necesario para que aquella fuera perfecta por el precio de -- cien pesetas cada trozo. En el referido contrato se obligaba a la cantante a no cantar para ninguna otra casa de reproducción mecánica de la voz, en todo el tiempo de duración del contrato, y asimismo a no cantar despues de haber transcurrido el plazo de duración del convenio para ninguna de dichas casas los trozos que hu biera cantado e impresionado para la Sociedad contratante.

En 21 de junio de 1915, por mediación de un notario, la Sociedad demandante dirigió un requerimiento notarial a la compañía demandada, haciéndole saber la fecha y contenido del anterior documento y expresando que lo hacía para que les constara la existencia del reseñado -- contrato y evitar el incumplimiento del mismo con la consiguiente reclamación de daños y perjuicios. No obstante ello, Raquel Meller impre

sionó discos con la Compañía del Gramófono, faltando no sólo al pacto de no cantar dentro de los terminos del contrato, sino también al que la obligaba a no cantar, aún después de concluido el contrato - las canciones grabadas para la Sociedad demandante, Hasta aquí los hechos.

El proceso (1), tras la sentencia de la Audiencia fué resuelto por el Tribunal Supremo, afirmando que el competidor que conscientemente viola la exclusiva de otro, queda obligado a resarcir los daños y perjuicios que con ello le origina -en virtud de culpa extracontractual- pero en cambio el segundo contrato -en nuestro caso la llamada segunda venta del derecho de impresión fonografica- no puede decirse que sea nulo.

## II

La segunda de las sentencias del Tribunal Supremo -sin duda la más importante sobre nuestro tema- es la de 29 de octubre de 1955 (Amecazurra Andechaga c. Martin Rich y otros), en la cual estable

ce el Tribunal Supremo por primera vez, como veremos enseguida, un cuerpo de doctrina sobre las cláusulas de exclusiva, muy inspirado, según tendremos también ocasión de comprobar, en los autores italianos. Los hechos que dieron lugar al pleito -- eran sustancialmente los siguientes: Don F.M. que explotaba una industria dedicada a la fabricación de cemento, celebró con el demandante un contrato, del cual formaban parte, entre otras, las siguientes estipulaciones:

1º. El fabricante se comprometía a proveer al actor del cemento que éste le solicitara, procedente de la producción de dicha fábrica.

2º. El actor sería "el único y exclusivo agente de las ventas de esta plaza de la producción del cemento antes referido, quedando el otro pactante totalmente imposibilitado de poder realizar expedición alguna, sea por venta o por contrato otro -- cualquiera, a persona distinta".

3º. El actor no podía contratar compra alguna del género aludido que no procediera precisamente del citado fabricante.

4º. El contrato tenía una duración mínima de cinco años prorrogable de año en año tácitamente a menos que una de las partes lo rescindiera - avisando a la otra con tres meses de antelación.

5º. La falta por cualquiera de los contratantes del cumplimiento escrupuloso de lo convenido en el contrato, daría derecho al perjudicado la reparación de daños y perjuicios que desde aquel momento los firmantes calculaban en un mínimo de 30.000 pesetas, bien entendido que de no alcanzar los daños y perjuicios aquella suma, el culpable del incumplimiento no podría oponer la excepción de plus petitio y si los daños excedían de tal cantidad se estaría a lo que en definitiva se resolviera.

El actor formulaba su demanda sosteniendo en ella que los demandados, dueño de la fábrica, había incumplido la cláusula de exclusiva y había vendido el cemento, en aquella plaza, a otras personas.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda y condenó a los demandados a que abonasen al -

actor, los daños y perjuicios que se le habían ocasionado por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato, más la suma de sesenta mil pesetas por el incumplimiento de la obligación asumida en la cláusula de la exclusiva. La Audiencia, en cambio, estimó solo parcialmente la demanda y condenó a los demandados únicamente a pagar al demandante la suma de treinta mil pesetas absolviéndolos de todas las demás peticiones que en la demanda se contenían.

Por su extraordinario interés y por constituir, todavía hoy, el único cuerpo de doctrina que poseemos sobre la institución que nos ocupa, parece conveniente recoger literalmente los más importantes considerandos de la sentencia del T.S.

1º. La cláusula de la exclusiva -dice el T.S. puede agregarse a diversos contratos e incluso puede existir de modo autónomo (carteles); y supone una "obligación de no hacer" respecto del tipo de prestación objeto del contrato, bien obligación de no realizar en favor de otros una pres-

tación semejante, lo que se refleja en un mayor valor de la prestación, para el acreedor, aparentemente en una cualidad de la prestación, o bien obligación de no recibir de otros una prestación semejante, que se refleja a favor del deudor en un mayor valor de su actividad (acaparamiento - del mercado) o bien ambas obligaciones; en todo caso dentro del límite de tiempo, frecuentemente también de espacio, sin que no obstante, la duración determinada, ni la zona, sean elementos esenciales, tratándose por tanto de un límite a la libre actividad, impuesto a favor de quien recibe o a favor de quien hace la prestación, o de ambos.

2º. La cláusula de exclusiva no priva - al contrato al cual se une (venta, suministro, mandato, arrendamiento de servicios, mutuo, depósito, etc.), de la naturaleza que deriva de la estructura sustancial y del fin jurídico económico de la relación que tiene carácter preemi-

nente, si bien modificando a veces sustancialmente sus elementos, siendo necesario para que pueda hablarse de un contrato mixto, que al pacto de exclusiva se agregue otro que represente una obligación autónoma asumida con ocasión del contrato principal.

3º. En el contrato de venta con exclusiva la relación principal consiste en la obligación que asume el vendedor de transferir a instancia del comprador la propiedad de ciertas mercancías no determinadas en la cantidad, pero determinables por un precio dado, que puede ser variable, con la obligación asimismo de no remitir a otros adquirentes revendedores la misma mercancía en la zona reservada al comprador con exclusiva, mientras el comprador puede asumir por su parte, cuando se trate de exclusiva bilateral, la obligación de no comprar de otros aquella mercancía, para vender en una determinada zona y por un determinado tiempo, pacto anexo de exclusiva que no contrasta con el régimen contractual de la compraventa.

4º. En la venta con exclusiva las singulares prestaciones repetidas no aparecen como cumplimiento fraccionado de tracto sucesivo o generalmen-



to parcial de una prestación compleja única, que se haya establecido en el llamado contrato fundamental (como sucede, por ejemplo, en la venta con entregas repetidas), sinó que por el contrario, cada una de dichas prestaciones, es, respecto a toda otra que haya intervenido o intervenga durante la vida de la relación autónoma "per se estante" conservando, el contrato fundamental, despues de cada una de dichas prestaciones, por todo el tiempo de su duración o -  
vigencia, la misma riqueza de contenido que tenia -  
al principio, surgiendo sin embargo dichas presta -  
 ciones homogéneas o heterogéneas de un modo particu -  
 lar y tomando una determinada dirección personal no  
 en virtud de circunstancias contingentes y ocasiona -  
 les, sinó en cuanto cada una de ellas y todas en con  
junto constituyen el desenvolvimiento y la ejecución  
de precisas obligaciones jurídicas, surgidas entre -  
partes con el contrato fundamental en el que se dis  
pone no solo sobre el "si", sinó tambien sobre el -  
"como" de las sucesivas prestaciones, siendo la cau  
sa del contrato, más que la venta, la repetición de  
las prestaciones de venta.

5º. A las obligaciones negativas, típicas y  
esenciales, pueden añadirse otras, que sin embargo -  
no cambian la naturaleza del contrato, como son, res -  
 pecto del vendedor, la obligación de que los terce -  
 ros adquirentes suyos, no vendan en la zona reserva -

da al comprador y por parte del comprador, la obligación de comprar un mínimo de mercancías....

6º. El pacto de exclusiva, despliega su eficacia solo en las relaciones de los contratantes, no pudiendo ser opuesto a los terceros, respecto a los cuales son válidas las ventas concluidas violando el pacto, correspondiendo indudablemente al comprador -- una acción de indemnización de daños y perjuicios -- contra el vendedor, si éste vendiendo a otros, ha descuidado dar a conocer la prohibición consiguiente a la precedente venta con exclusiva de revender las mercancías en una determinada zona, o contra el tercer adquirente, que a pesar de que le ha sido manifestada la prohibición ha revendido las mercancías en la zona reservada al primer comprador, no pudiendo estimarse que el vendedor que ha cumplido la obligación de comunicar a los sucesivos adquirentes el pacto de exclusiva, contenido en una venta precedente, asume la responsabilidad de la violación de la prohibición por el tercero, puesto que ha hecho cuanto podía.

### III

La tercera sentencia en que nuestro T.S. ha abordado el problema de las exclusivas contractuales, es la sentencia de 27 de marzo de 1962, (Estrañy Garia c. Ayuntamiento de Palma de Mallorca).

El demandante había obtenido del Ayuntamiento demandado una concesión para la explotación de los servicios de bar-restaurante en el mercado Z, concesión que se había otorgado bajo una serie de condiciones, de las cuales merece particular interés la primera de ellas, donde se decía que "será objeto de concesión con carácter de exclusiva en el mercado el servicio de restaurante propiamente dicho; o sea, todo lo que a este tipo de industria se confiere". Existían además en el mercado otros tres bares, los cuales venían haciendo al demandante objeto de una competencia manifiesta, pues servían diariamente platos de comida. En estas condiciones el demandante entendió que se había violado su derecho de exclusiva de la explotación en el mercado Z de la industria de restaurante, por lo cual solicitaba que se declarara este derecho y se impusie-

ra al Ayuntamiento demandado la obligación de adoptar todas las medidas necesarias a fin de evitar - que el factor fuera perturbado en el ejercicio de su exclusiva, así como que se condenara al Ayuntamiento a abonarle la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

El Juzgado de Primera Instancia acogió íntegramente la demanda, pero en cambio la Audiencia Territorial la estimó únicamente en parte. Declaró que el Ayuntamiento estaba obligado a mantener al actor en la exclusiva de la explotación en el mercado de la industria de restaurante, pero en cambio absolvió al Ayuntamiento de los demás pedimentos de la demanda y entre ellos de la condena a la indemnización de los daños y perjuicios. Entendió la Audiencia que al celebrar los contratos con la demás industrias establecidas en el mercado el Ayuntamiento había cumplido todas las obligaciones que el cumplimiento del pacto celebrado - con el actor le imponía y que ello liberaba a la corporación municipal de toda responsabilidad que pudiera deducirse de los quebrantamientos de la exclusiva, pues al dar a conocer a los terceros la exclusiva establecida en favor del actor, se establecía una estipulación en favor del mismo, (con--

trato en favor de tercero) que daba a éste una acción directa contra aquéllos. La responsabilidad - por el quebrantamiento de la exclusiva y la consiguiente indemnización de daños y perjuicios, por - tanto, debía imputarse a los competidores y no al Ayuntamiento.

El T.S., sin embargo, casa en este punto la sentencia recurrida y entiende que el Ayuntamiento no podía liberarse de sus obligaciones contractuales por el solo hecho de la notificación practicada a los terceros concesionarios de bares en el mismo mercado. En primer lugar, piensa el T.S., el solo hecho de otorgar concesiones para establecer bares podía entenderse que implicaba una violación de la exclusiva, puesto que los nuevos concesionarios estaban autorizados para ejercer la misma industria que el actor. Pero, aún en el caso de que no lo hubieran estado, el Ayuntamiento debió ejercitar las acciones oportunas para conseguir que la exclusiva fuera respetada. Como - consecuencia de todo ello llega el T.S. a la conclusión de que el Ayuntamiento viene obligado - por la omisión a la indemnización de daños y perjuicios.

#### IV

Una sentencia más reciente de 24 de mayo de 1963 ha contemplado también un supuesto de exclusiva. Se trataba del arrendamiento de un pequeño local dentro del edificio de un hotel, para dedicarlo a la venta de diferentes clases de artículos con carácter exclusivo. No obstante, en la -- sentencia mencionada no se contiene doctrina general que pueda importar para el tratamiento de nuestro tema, puesto que tanto el recurso de casación como los considerandos de la Sala se basan en la congruencia o incongruencia de la sentencia recurrida y en la apreciación de la prueba.

#### V

En el caso decidido por la Sentencia de 9 - de Octubre de 1965, el demandado había celebrado con los demandantes un contrato de mediación o corretaje, para la venta de una finca de su propiedad. No obstante ello, fué el propio demandado - quien encontró para sí solo comprador y procedió a celebrar con él el contrato de compraventa. Los actores, agentes de la propiedad inmobiliaria, pretendían que el contrato de corretaje era un contrato de exclusiva, por virtud de lo dispuesto en el Reglamento de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria

y con ello tenían derecho a cobrar el premio. Su demanda fué desestimada y el T.S. declaró no haber lugar al recurso.

El contrato de mediación o corretaje -dice el T.S.- no regulado por nuestro Código Civil, tiene - como esencia la de intervenir el mediador realizando las gestiones necesarias para poner en relación a otros dos para la celebración de un contrato a - cambio de una retribución: por lo que nuestra jurisprudencia lo conceptua como innominado "facio ut - des", porque esta relación contractual es de resultado, y el mediador solo tiene derecho a percibir - su retribución cuando el negocio se realice, o se - aprovecha el comitente de las gestiones de aquel para ultimar la operación, sin que el carácter de exclusiva que tiene la nota de encargo limite la facultad del dueño para concertar personalmente el negocio, salvo pacto expreso, ni el Agente, si no -- existe el facio por su parte, pueda reclamar comisión por servicios prestados.

## VI

En el caso contemplado por la sentencia de 18 de marzo de 1966 el actor, que era propietario de - un bar, compró al demandado, con quien tenía fre--

cuentas relaciones comerciales, una máquina tocadiscos. La compraventa tenía un pacto redactado en los siguientes términos: "Se concede la exclusiva de esta máquina en toda la zona donde está establecido - el bar, comprometiéndose el vendedor a no instalar ni vender otro aparato en aquella". Pese a este compromiso se habían instalado otras dos máquinas en - dos bares de la localidad.

El actor pedía que se condenara al demandado a la devolución del precio que percibió por la máquina tocadiscos, y a obligarle a retirar la máquina del bar del actor. Y subsidiariamente, a pagar al actor a razón de 100 pesetas diarias por cada una de las máquinas instaladas en los otros bares desde las fechas - en que se instalaron, hasta el día en que fueran retiradas, o a condenarle a pagar al actor, por una sola vez, la cantidad de 120.000 pesetas.

El Juez de 1ª Instancia dictó sentencia estimando la demanda, condenando al demandado a devolver al actor la cantidad de 66.000 pesetas, precio sin recargo de la venta aplazada, que percibió por la máquina tocadiscos, debiendo retirarla del bar del demandado.



Apelada la sentencia, la Audiencia la revocó y, desestimando la demanda, absolvió al demandado.

El T.S. declaro haber lugar al recurso interpuesto contra la sentencia de la Audiencia la que dejó sin efecto y dictó segunda sentencia confirmando la pronunciada por el Juez de 1ª Instancia.

Por su finalidad -dice el T.S.- la cláusula de exclusiva se viene configurando en la doctrina científica como un pacto limitativo de la concurrencia, susceptible de ser incorporado a diversos contratos, singularmente al de compraventa y que puede correr a cargo tanto del comprador como del vendedor, con efecto vinculante siempre que no sea ilimitada en el tiempo o en el espacio; y aunque nuestro ordenamiento jurídico positivo carece de una regulación específica de tal figura, tampoco la excluye, pues el principio de autonomía de la voluntad característico de la contratación, permite, al amparo del art. 1255 del C.C., - que los contratantes establezcan los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público, notas que, en principio, y en términos generales, no se dan en el mencionado pacto de "exclusiva", ya que, por el contrario, es instrumento eficaz para la expansión de las operaciones mercantiles.

Cuando en un contrato de compraventa -sigue diciendo el T.S.- asume el vendedor la obligación de no vender a otras personas en determinada zona, cosas idénticas a las enajenadas, tal negocio jurídico, sin perder las notas esenciales propias de su naturaleza, revisten un matiz especial, de tal modo, que junto a la obligación positiva de dar -entrega de la cosa vendida-, existe otra de carácter negativo -no hacer-, - ambas situaciones en la misma línea de principalidad y determinantes de una contraprestación compleja que no agota el contenido del contrato, en tanto que no se cumpla en su integridad.

## II. La finalidad de la exclusiva en los diferentes contratos.

En las páginas anteriores hemos visto los casos reales que el Tribunal Supremo ha tenido que resolver en relación con la figura objeto de nuestro estudio. Pasemos ahora, para conseguir una más clara caracterización, de la figura que nos ocupa a realizar un elemental análisis -a efectos de la búsqueda de un concepto general- de las finalidades típicas para cuyo logro se inserta la cláusula en -

las distintas figuras contractuales (2).

1) La finalidad de la exclusiva en los contratos de intercambio de bienes: compraventa y suministro exclusiva.

En la línea de principio uno de los supuestos más claros de cláusula de exclusiva es el que, se da en el contrato de compraventa, bien se trate de una compraventa simple, o bien se trate de una compraventa con suministro. Algún sector de la doctrina, sin embargo, ha entendido que la verdadera y propia cláusula de exclusiva se inserta siempre en contratos de suministro y que no cabe por el contrario, en las compraventas simples. Esta tesis no parece exacta, pues aún reconociendo la mayor frecuencia estadística de la exclusiva en los contratos de suministro, no debe sin más rechazarse la posibilidad de que se inserte en una compraventa simple. GARRIGUES, por ejemplo, pone de relieve como puede hallarse esta cláusula en las compraventas de artículos de temporada o de moda cuyo mercado está limitado por el tiempo o por la cantidad. El convenio es evidentemente posible y constituye a nuestro juicio un caso claro de exclusiva en su configuración económica más típica. - Piénsese, v.g. en la venta de un modelo de alta -

costura con la estipulación añadida que compromete al vendedor a no celebrar posteriores ventas del mismo modelo. En tal caso hay una compraventa simple y única -y no un suministro- y sin embargo una típica cláusula de exclusiva (3).

En el contrato de compraventa (4) y en el de suministro la exclusiva puede constituirse en favor del vendedor o en favor del comprador. Puede tratarse también de una exclusiva recíproca.

La exclusiva en favor del vendedor, como señala GARRIGUES (5), impide al comprador procurarse las mercancías pactadas en una empresa distinta de aquella de que es titular el beneficiario de la exclusiva y tiende a asegurarle al vendedor la salida de sus productos o de sus mercaderías. Al vincular al comprador con la cláusula de exclusiva, el vendedor trata de impedir la concurrencia de otras ofertas de venta. El contenido del contrato lo constituye entonces una obligación negativa del comprador que consiste en no comprar a otras personas distintas del vendedor.

Más frecuente es, sin embargo, la exclusiva a favor del comprador. Mediante ella el vendedor

se obliga a no vender una determinada mercancía en una determinada zona geográfica más que al comprador beneficiario de la exclusiva y por lo tanto no a terceras personas. También aquí el contenido fundamental es una obligación negativa de no vender a otros, que trata de limitar la concurrencia impidiendo otras posibles demandas de compra de la mercancía en cuestión (6). Sin embargo, en este caso, al convertirse ese comprador en el único cauce posible de salida de los productos de ese vendedor, la figura se torna más compleja puesto que, económicamente, el comprador en exclusiva asume el carácter de un distribuidor en exclusiva y, por tanto, ostenta hasta cierto punto la "representación económica" del vendedor (7).

Se sigue de ello que en estos casos junto a la obligación negativa de no vender, a cargo del vendedor, pueden aparecer deberes positivos a cargo del comprador o de ambas partes, como son - por ejemplo, los de cuidar la distribución, propagar los productos, hacer publicidad, etc. (8).

En el suministro -dice GIANNATASIO- la cláusula de exclusiva en favor del suministrador

trata de asegurar que el esfuerzo realizado por él para hacer frente a las necesidades del suministrado no quede anulado por este último, como puede ocurrir si éste queda en libertad para proveerse en otras personas o por medio de su propia organización. De aquí que la exclusiva a favor - del suministrador no valga solo para garantizar la procedencia de los suministros en el sentido de inhibir al suministrado para dirigirse a otros competidores del suministrador, sino que también asume el valor de una prohibición de que el suministrado provea con sus propios medios a la producción de las cosas que son objeto del suministro.

Finalmente, el mismo GIANNATASIO pone de relieve como será más difícil que se recurra al otro tipo de exclusiva -exclusiva en favor del suministrado- cuando se trate de suministros para consumo directo, casos en los cuales la satisfacción de las necesidades del suministrado se encuentra suficientemente cubierta con la organización - de que el suministrador dispone. Es en cambio muy frecuente cuando el suministrado se dedica a la venta, al alquiler o a la transformación de los pro

ductos porque entonces asegura, en una determinada zona una posición de privilegio que permite eliminar la concurrencia.

2) La finalidad de la exclusiva en los contratos de cesión de uso.

No obstante ser la compraventa y el suministro con exclusiva las hipótesis más frecuentes en la doctrina y también en la realidad económica, ello no quiere decir, sin embargo, que éste sea el único supuesto en el cual las exclusivas puedan presentarse. RITTNER situa inmediatamente después de los convenios de exclusividad referentes a la compra y al suministro de mercancías los que denomina convenios de exclusiva en los negocios de cesión de uso (9). Según el autor citado estos convenios se producen en el caso de que una de las partes sea un empresario que se dedica habitualmente a celebrar contratos de cesión de uso. En estos supuestos para el empresario contratante puede ser de sumo interés el imponer que los que con él celebren el negocio, lo harán con carácter exclusivo.

Se citan como supuestos típicos, de este carácter, el arrendamiento de películas cinematográ-

ficas. Un productor conviene con el distribuidor en que éste solamente negociará con las películas producidas por aquél. De la misma manera, un exhibidor conviene con un productor o con un distribuidor en que solamente adquirirá y proyectará en su local películas que hayan sido producidas o distribuidas por el otro contratante.

Una cláusula de exclusiva puede darse también en contratos sobre arrendamientos de maquinaria industrial, especialmente compleja e importante para la producción, (v.gr. máquinas ordenadoras, etc.) El arrendatario de las máquinas se compromete a realizar este tipo de contratos de arrendamiento solamente con la empresa arrendadora, o viceversa, el arrendador garantiza al arrendatario que éste será la única persona que en una determinada zona geográfica disfrute una máquina semejante (10).

En sentido general guardan una estrecha relación con los tipos contractuales anteriormente aludidos los llamados contratos de licencia de utilización de una patente de invención. En virtud de ellos el titular de una patente permite al concesionario una explotación industrial de su invención. La cláu



sula de exclusiva se encuentra aquí perfectamente justificada. Puede ser en primer lugar una cláusula de exclusiva en beneficio del concesionario de la licencia respecto a una determinada zona. Significa entonces que el titular de la patente, concedente de la licencia, no puede otorgar licencias a otras personas distintas del concesionario, en esa zona. La exclusiva puede darse también en beneficio del mismo concedente. Cuando el concesionario asume la obligación de explotar industrialmente solo el invento para el cual la licencia ha sido concedida, o bien asume la obligación de explotar únicamente patentes de que sea titular el concedente de la licencia y no por el contrario patentes que pertenezcan a otras personas o a otras empresas competidoras.

Las cláusulas de exclusividad en relación con los contratos de cesión del uso se presentan también en los llamados contratos de publicidad. Aquí se trata de lo que RITTNER llama "alquiler de posibilidades de publicidad", como podrían ser por ejemplo, los filmlets, la parte de anuncios en periódicos o revistas o la utilización de determinados bienes muebles o inmuebles para fijar en ellos carteles o cualesquiera otras formas de publicidad.

exterior. En la utilización publicitaria de bienes caben perfectamente las cláusulas de exclusiva. Los supuestos pueden ser entonces los siguientes:

1º. Un medio publicitario (v.gr. un periódico, una empresa de radio difusión o de televisión) conviene en ceder en exclusiva sus espacios publicitarios o sus posibilidades de propaganda a una empresa de publicidad.

2º. El titular del dominio o de un derecho real de uso sobre un bien (v.gr. una pared, una valla o tejado), conviene con un anunciante o con una empresa de publicidad en cederle la utilización publicitaria del mismo con carácter exclusivo, quedando entonces impedido para permitir que en el mismo lugar se puedan establecer otros anuncios diferentes de los que realiza el concesionario.

Los demás tipos de las llamadas en nuestro Estatuto exclusivas de publicidad no pertenecen en rigor al tema que ahora nos ocupa, pues se trata en ellas más que de exclusivas insertadas en contratos de cesión de uso, de exclusiva en contratos de servi-

cios, como son, v.gr. aquellos casos en los cuales un anunciante conviene con una agencia de publicidad en que ésta será la única persona que - se encargue de gestionar, proyectar y ejecutar - su publicidad, etc.

Desde un punto de vista general estos contratos de arrendamiento con cláusula de exclusiva o contratos de cesión de uso con cláusula de exclusiva plantean una serie de problemas generales que son comunes a las cláusulas de exclusiva que se insertan en los contratos de compraventa o de suministro. Por lo pronto, nos encontramos también aquí con el hecho de que el contrato de arrendamiento o el contrato de cesión de uso en el que la cláusula se inserta es un típico contrato de empresa en el sentido de que es un contrato realizado por un empresario mercantil o industrial con la finalidad - de conseguir, profesionalmente, sus propios fines. La cláusula de exclusiva comprta entonces una limitación de la concurrencia y una vinculación de la otra parte contratante más directa y vigorosa para el empresario que impone la cláusula. A su vez, la cláusula da lugar a un deber de tipo negativo que consiste en una prohibición contractual de celebrar

negocios de la misma naturaleza con personas diversas de los beneficiarios de la cláusula.

En el terreno hasta cierto punto diverso del que hasta ahora hemos recorrido se encuentra la cláusula de exclusividad que se inserta en un típico contrato de arrendamiento y que se dirige a proporcionar al arrendamiento una posición económica privilegiada en una zona sobre la -- cual el arrendador tiene el señorío. Ya con anterioridad hemos hecho mención a los supuestos típicos de esta especie de pacto de exclusiva: la empresa propietaria de una nueva urbanización concierta con una persona un contrato de arrendamiento de un local de negocio para la instalación de un supermercado estipulando que éste será el único mercado que existirá en la urbanización: un Ayuntamiento concede a una determinada persona un local en un mercado conviniendo con él que será el único que pueda establecer un servicio de restaurante; el dueño de un hotel de lujo concierta el -- arriendo de un pequeño local en el hotel dedicado a la venta de objeto artísticos, estipulando que

el arrendamiento será el único comerciante dentro del hotel. Este tipo de cláusula - de exclusiva presenta una nota común con - las anteriores en el sentido de que también a través de ellas se trata de proporcionarle a una de las partes contratantes una posición privilegiada en un sector del mercado y lleva por consiguiente a una limitación de la libre concurrencia económica: no habrá más que un supermercado en la urbanización, más que un restaurante en el mercado municipal y una tienda de objeto artísticos en el - hotel. Pero presenta sin embargo, una característica que las diferencia notablemente de las cláusulas de exclusiva que hasta ahora hemos contemplado. Pues es el caso que en aquellas la cláusula de exclusividad, se traduce, según vemos, en un compromiso negativo o en un deber contractual que impide la celebración de contratos - de contenido económico idéntico o análogo, mientras que ahora el deber que asu

me el contratante obligado por la exclusiva no es en rigor un deber negativo, sinó un deber positivo. Su obligación consiste no tanto en no celebrar nuevos contratos, sinó en que en estos nuevos contratos el arrendador imponga como necesaria una cláusula por la cual el nuevo arrendatario quede obligado a no destinar sus locales al mismo destino que ya le ha dado el arrendatario beneficiario de la cláusula. La cuestión radica entonces en averiguar si el arrendador concedente de la exclusiva cumple sus obligaciones cuando ha impuesto esta cláusula que limita el destino económico de la cosa arrendada a los nuevos arrendatarios o si, por el contrario, se le impone también el deber de vigilar el cumplimiento de esta cláusula, pues, naturalmente, la defensa del interés del arrendatario beneficiado con la exclusiva no queda conseguida solo por el hecho de que la cláusula de no destinar a un determinado uso se establezca en el nuevo contrato, sino que es necesario además que el nuevo arrendatario cumpla efecti-

vamente esa obligación. Las soluciones posibles son aquí dos: la primera de ellas consiste en entender que esta cláusula pactada con el nuevo arrendatario constituye una estipulación en favor de tercero, de tal manera que el concedente de la exclusiva habría realizado con ella cumplimiento de sus obligaciones y habría otorgado un derecho directo al beneficiario de la exclusiva para dirigirse contra quienes infringiendo aquí obligaciones contractuales lesionasen sus derechos. Esta es la tesis que ha mantenido entre nosotros la sentencia del T.S. de 27 de -- marzo de 1962.

No obstante, parece que son cosas distintas estipular una cláusula en interés de un interés de un tercero y celebrar un contrato en favor de un tercero. A nuestro juicio en el caso que hemos contemplado no existe un verdadero contrato a favor de tercero y por consiguiente el concedente de la exclusiva no queda liberado por el mero hecho de estipular la cláusula. Más bien se produce aquí un caso de lo que en la doctrina se ha denominado la "promesa del hecho de un tercero", de tal manera que, -- cualquiera que sea la contrucción que a esta figura se le dé, el concedente de la exclusiva promete al

beneficiario de la misma que los terceros, con quienes celebre sucesivos contratos de arrendamiento no destinaran los locales arrendados al mismo uso que el exclusivista. Ello significa que el promitente no queda liberado sino que es responsable en el caso en que los terceros no realicen los hechos (o la omisión prometida).

3) La finalidad de la exclusiva en los contratos de crédito.

Ha sido tambien RITTNER quien ha puesto de relieve la posibilidad de que una cláusula de - exclusiva se inserte en un contrato de crédito. Es frecuente que en contratos celebrados por bancos o por otras instituciones de crédito se contenga a - veces una cláusula con arreglo a la cual el cliente, prestatario, se comprometa a prescindir del -- crédito que le puedan conceder otros Bancos. En un caso como el descrito nos encontramos claramente en presencia de una auténtica cláusula de exclusiva. El Banco convierte al cliente en un cliente exclusivo (11).

Ahora bien, en la mayor parte de los casos el interés del Banco no radica tanto en la exclusi



sividad cuanto en poseer una cierta dosis de poder de control y de vigilancia sobre los posibles negocios de crédito que el cliente pueda celebrar. Naturalmente para el Banco no es la misma situación la que deriva de ser el único prestamista de la - que se le crea cuando comparte con otra persona - esta condición. Por ello, es frecuente también que el cliente prestatario se comprometa no tanto a - prescindir totalmente de otros créditos que pueda obtener en otro Banco, cuanto a informar previamente a su Banco o a consultarle sobre el particular o a obtener su autorización. En estos casos - el tipo de cláusula hace tránsito ya de una verdadera cláusula de exclusiva a una cláusula de otra naturaleza probablemente de garantía, a la que -- pueden conectarse efectos resolutorios especiales.

La exclusividad puede darse también - dentro de este mismo círculo de problemas que estamos examinando, en relación con los contratos de seguros, cuando se estipula que el asegurado celebrará siempre sus contratos de seguro con la compañía aseguradora.

4.- La finalidad de la exclusiva en los contratos de servicios: agencia, representación, comisión y mandato.

Como en páginas anteriores hemos señalado ya, la clausula de exclusiva puede tambien ser insertada en contratos de servicios en general y en contratos de trabajo en particular. Hemos señalado ya como este supuesto es normal en todos aquellos casos en que un contrato de trabajo se celebra bajo la fórmula "full time". El trabajador al pactar el contrato adquiere una obligación de plena dedicación en favor de quien le emplea, que se traduce, en términos negativos, en un deber de no prestar sus servicios a otras personas diversas de aquel. En la misma línea se encuentra el caso de prestación de servicios artisticos en exclusiva, que hemos encontrado en una de las primeras sentencias del T.S. que han tratado de esta cuestión. Un cantante, un actor cinematográfico o un torero se compromete a trabajar en exclusiva para un determinado empresario.

Pero la exclusiva reviste una característica especial desde el punto de vista de su función económica cuando se inserta, no tanto en contratos de trabajo o de prestación de servicios, como en aquellos contratos dirigidos a la gestión de intereses ajenos (representación, mandato, comisión, agencia). En todos estos contratos la cláusula de exclusividad cumple una finalidad perfectamente clara y plausible. Para el "dominus negotii" puede tener gran valor e interés el hecho de que el gestor se dedique única-

mente al cuidado de sus asuntos, quedando por consiguiente impedido para asumir la gestión de intereses o de asuntos de otra persona. Se puede hablar entonces de un mandato o de una representación en exclusiva. De la misma manera para el representante o mandatario puede ser también de evidente interés el hecho de ser el único representante, especialmente cuando este representante es él así vez un empresario. En todos estos casos se trata de establecer una directa vinculación económica entre ambos contratantes de tal manera que uno de ellos se convierta en empresario auxiliar de la otra. La exclusiva aparece de tal suerte tan ligada a la idea de representación económica, que en algunos de estos contratos (v.gr. en el de agencia) los ordenamientos más modernos, como es por ejemplo el nuevo Código Civil italiano, reconocen que la exclusiva constituye un elemento natural del contrato que actúa por tanto, en todos los casos en que las partes nada hayan establecido sobre el particular (12).

No obstante la diversidad de los tratamientos jurídicos nos hallamos aquí en una zona que económicamente se encuentra muy próxima a la de los suministros con exclusiva. Tanto el suministrado como el representante se convierten en órganos económicos del empresario productor y constituyen verdaderos canales.

de distribución de sus productos. Con un simil, podría decirse que son una especie de apéndices de la empresa misma. La diferencia estriba, como es obvio, en que constituyen empresas independientes en el caso del suministro y pueden no serlo en el caso de la representación. Sin embargo, el agente y el representante exclusivo o representante general son muchas veces empresarios independientes de la empresa a quien representa. Por ello, a nuestro juicio, es la forma de operar económicamente y no el aspecto jurídico-formal, lo decisivo para la distinción. En efecto, en el primer caso el canal de distribución es un comprador que adquiere en firme los productos y queda por consiguiente obligado a pagarlos, mientras que en el segundo caso el representante opera en nombre o por cuenta de su representado. La diferencia tiene, según vemos, una extraordinaria importancia desde el punto de vista del tratamiento jurídico de la figura en relación con las limitaciones de la libre competencia, porque así como en el primer caso la exclusiva limita la concurrencia al impedir que exista otro comprador de los productos, en el segundo caso en cambio la competencia no queda impedida, pues el exclusivista opera únicamente como gestor por cuenta de su principal.

5.- Los contratos de exclusiva en el Estatuto de la Publicidad.

Según hemos dicho ya, una de las escasas zonas de nuestro ordenamiento jurídico, que contiene una regulación dedicada a las exclusivas, es el artículo 15 del Estatuto de la Publicidad. Según este precepto legal, tienen la consideración de exclusivas de publicidad, a efectos del Estatuto, los departamentos de explotación publicitaria de los medios de difusión o de los anunciantes y las personas naturales o jurídicas que en virtud de una relación contractual posean la exclusiva de la actividad publicitaria de uno o varios medios de difusión. A la exclusiva de publicidad - de origen contractual - continúa diciendo el Estatuto- se le aplicarán en las relaciones publicitarias las normas relativas a los anunciantes o a los medios, según que gocen de la exclusiva de la actividad publicitaria de éstos de aquéllos.

Cuando una agencia tenga la exclusiva - de toda la publicidad de un medio o de un sector publicitario de un medio, no podrá desarrollar, mientras dure la exclusiva, las actividades publicitarias de las agencias de servicios plenos

y quedará sometida a las normas que regulan la actividad publicitaria de los medios.

Las limitaciones contenidas en el último apartado -termina diciendo el Estatuto- no serán de aplicación cuando la exclusiva que posea la -- Agencia se refiera a la utilización concreta de -- la publicidad que pueda fijarse en bienes materia les, tales como una valla, un muro y otros medios de publicidad análogos.

Como hemos puesto de relieve en otro lugar, el artículo 15 del Estatuto no persigue resolver casuísticamente el delicado problema de la exclusiva publicitaria, sino apuntar unos criterios ordenadores en esta materia, que deberán ser detenidamente perfilados, tanto por la Junta Central de Publicidad como por el Jurado, al tratar casos concretos.

Igualmente hemos señalado que las exclusivas de publicidad suponen, evidentemente, una restricción contractual a la libertad de la competencia, pero lo más grave es que en toda exclusiva hay siempre una cierta dosis de desnaturaliza-

ción del verdadero carácter de la empresa. Por ello, si bien desde el punto de vista institucional las exclusivas no pueden ser prohibidas, cabía en cambio - someterlas a unas normas clarificadoras de su verdadera naturaleza. El análisis de la ordenación legal de la exclusiva publicitaria, merece, sin embargo, - un mayor detenimiento con el fin de lograr una mayor profundidad. La posible inter-relación entre los diversos objetos que intervienen en la actividad publicitaria, nos permite enumerar los siguientes casos - de posibles formas de exclusividad:

1º. Un anunciante que celebra con una agencia un contrato de publicidad inserta en el mismo una cláusula de exclusiva por virtud de la cual se compromete a que la agencia sea la única persona que se encargue de la creación, preparación, programación o - ejecución de sus anuncios o de sus campañas publicitarias.

2º. Inversamente, el anunciante conviene - con la agencia en que ésta se dedicará durante un determinado periodo de tiempo exclusivamente a preparar, programar y ejecutar las campañas publicitarias de -- aquél.

3º. La exclusiva se inserta en un contrato entre dos agencias publicitarias, contrato de obra - o de creación publicitaria, en el cual una de ellas actúa como estudio de publicidad y se obliga a desarrollar su cometido exclusivamente para la otra.

4º. La exclusiva se inserta en el contrato de difusión publicitaria, es decir, en un contrato - entre el medio y la agencia, Puede tener un doble contenido:

a). El medio se compromete a que solo difundirá la publicidad que la agencia exclusivista le proporcione o determine.

b) Es la agencia quien se compromete a destinar toda su publicidad en favor del medio exclusivista.

El Estatuto, en el mencionado artículo 15, ha regulado unicamente aspectos muy concretos de - ese complejo de posibles situaciones de exclusiva de los que acabamos de hacer referencia. Ya hemos dicho, y conviene ahora insistir en ello, que el Estatuto no persiguió el propósito de resolver casuísticamente el problema, sino, frente a la dosis de - desnaturalización del carácter de la empresa publicitaria que por la exclusiva se produce, establece normas clarificadoras de la verdadera naturaleza.



Parece haber sido criterio inspirador del Estatuto la idea que este trabajo hemos visto aparecer ya varias veces, de que por virtud de una exclusiva se establece entre dos o más empresarios un vínculo que convierte a uno de ellos en instrumento de cooperación económica o auxiliar del otro. Esta idea explica que, de acuerdo con el Estatuto posean la consideración de exclusivas de publicidad los departamentos de explotación publicitaria de los medios de difusión o de los anunciantes. En realidad, aquí no nos encontramos siquiera en presencia de una relación de vinculación entre dos empresarios, de los cuales uno sea auxiliar o colaborador de otro, sino ante la organización, dentro del seno de la propia empresa, de un sistema de medios materiales y de trabajo para efectuar la explotación publicitaria. Desde nuestro actual punto de vista, dado que todo ello se realiza en el seno de la misma empresa, no hay en rigor verdadera exclusiva, puesto que ni siquiera existe contrato. La consideración de los departamentos de explotación publicitaria de los medios de difusión y de los anunciantes como exclusivas, únicamente comporta la necesidad de obtener los títulos-licencias determinados en el artículo 17 y practicar la inscripción en el regis-

tro general de publicidad. Cabe, además, observar que estos departamentos no podrán realizar actividades que correspondan a cualquiera otros sujetos. En particular no podrán convertirse en agencias ni en agentes al servicio de terceras personas.

Limitando, por consiguiente, ahora nuestro estudio a la figura que el Estatuto denomina exclusivas de publicidad de origen contractual, - conviene observar que también respecto de ellas se sigue el mismo criterio antes apuntado cuando se dice que se le aplicarán las normas relativas a los anunciantes o a los medios, según que gocen de la exclusiva de la actividad publicitaria de éstos o de aquéllos. Quiere decirse que a la persona que posea la exclusiva de un anunciante se le aplicaran las normas relativas a los anunciantes y que a la persona que posea la exclusiva de la publicidad de un medio se le aplicarán las normas relativas a los medios. Parece por ello necesario subdistinguir dos hipótesis diversas, según que se trate de la exclusiva de un anunciante o de la exclusiva de un medio.

1º. La exclusiva de un anunciante.

La primera de las figuras a que se refiere el párrafo segundo del artículo 15 es a la exclusivas

de publicidad de origen contractual,... "que goce de la exclusiva de la actividad publicitaria del anunciante. El Estatuto hace referencia a ellas para señalar que en las relaciones publicitarias se les -- aplicarán las normas relativas a los anunciantes. - El supuesto hecho no queda, sin embargo, claramente definido. La primera vez parece referirse a la hipótesis que antes mencionamos en primer lugar al relacionarse los casos de posibles formas de exclusividad en las relaciones publicitarias, es decir, el caso en que un anunciante, que celebra con una agencia un contrato de publicidad, inserta en el mismo una cláusula por virtud de la cual se compromete a que la agencia contratante sea la única persona que se encargue de la creación, preparación, programación o ejecución de sus anuncios o de sus campañas publicitarias. Si bien ésto así, habría que preguntarse por qué razón esta agencia que posee la exclusiva de un anunciante debe ser considerada en sus relaciones publicitarias como un anunciante, cuando lo cierto es que el hecho de poseer la exclusiva de un anunciante no desnaturaliza en absoluto su función de agencia, pues nada le impide seguir trabajando para otros anunciantes. A nuestro juicio, el párrafo segundo del artículo 15 del Estatuto se refiere al fenómeno inverso, - es decir, al que más arriba situamos en segundo lu--

gar. Se trata del caso en que el anunciante conviene con la agencia en que ésta se dedicará durante un determinado periodo de tiempo exclusivamente a preparar, programar y ejecutar las campañas publicitarias de aquél. En esta hipótesis la norma cobra todo su sentido, pues al comprometerse la agencia a trabajar exclusivamente para un anunciante - se desnaturaliza efectivamente su función como tal agencia y la empresa de publicidad queda convertida en un departamento de explotación publicitaria del anunciante. Se produce el fenómeno que antes - habíamos destacado: la pérdida de independencia de la empresa y su conversión en un instrumento auxiliar o de cooperación económica de otro empresario. Entonces adquiere la exigencia de que esta empresa, declarada exclusivamente a la publicidad de un anunciante, sea considerada en sus relaciones publicitarias como si fuera el mismo anunciante.

2º.- La exclusiva de un medio. El párrafo tercero del artículo 15 del Estatuto preceptúa - que cuando una agencia tenga la exclusiva de toda - la publicidad de un medio o de sector publicitario de un medio, no podrá desarrollar, mientras dure la exclusiva, las actividades publicitarias de las agencias de servicios plenos y quedará sometida a las - normas que regulan la actividad publicitaria de los medios.

Para delimitar el supuesto de hecho de la norma contenida en el párrafo tercero del artículo 15 del Estatuto de la Publicidad, acaso convenga - efectuar una definición de lo que debe entenderse por "medio". Es éste un término que el Estatuto emplea con una gran frecuencia, pero que ha quedado en él un tanto desvaído. En rigor debe distinguir dos ideas distintas dentro de la terminología utilizada por la Ley. En un sentido muy amplio es medio todo aquello que pueda servir de vehículo a la difusión de la publicidad. En este sentido son, en publicidad, medios la prensa, la radio, la televisión, - etc., pero son medios también una valla, un muro y otros vehículos semejantes en los cuales pueda situarse el mensaje publicitario. En un sentido más estricto y a nuestro juicio más exacto, también es medio la empresa que dispone de alguno de los elementos o vehículos de difusión publicitaria antes reseñado y que puede, por consiguiente, celebrar lo que el Estatuto denomina un contrato de difusión o de tarifa, es decir, obligarse a permitir el disfrute publicitario de un determinado bien y a desarrollar una actividad productora de un resultado publicitario. Desde este punto de vista son medios, en el sentido del Estatuto, las empresas editoras - de un periódico, las empresas que explotan emisoras de radiodifusión, etc. Medio es, pues, la empresa considerada en su unidad. La empresa como tal puede

explotar una pluralidad de vehículo de difusión - publicitaria (por ejemplo varios periódicos, varias emisoras de radio, etc.). Por esta razón el Estatuto asimila el supuesto de que una agencia tenga la exclusiva de toda la publicidad de un medio al supuesto de agencia que tenga la exclusiva de un sector publicitario de un medio. Pero - con ello se plantea una evidente dificultad, pues así como definir y delimitar lo que sea el medio, estableciendo la ecuación medio igual a empresa, resulta relativamente fácil, no lo es ya tanto - puntualizar la idea de "sector publicitario de un medio". En principio, hemos dicho ya que el supuesto aparece claro cuando una única empresa explota elementos independientes que pueden servir como vehículos de difusión independientes -- también. Debe considerarse como sector publicitario de un medio cada periódico o cada emisora de radio cuando la empresa en cuestión posea varias.

La consecuencia que el Estatuto extrae de la exclusiva del medio consiste en que la agencía no podrá desarrollar mientras dure la exclusiva las actividades publicitarias de las agencias de servicios plenos y quedará sometida a las normas

que regulan la actividad publicitaria de los medios. El concepto de "agencia de servicios plenos" tampoco aparece definido por el Estatuto, pero lo ha sido en cambio, por el Reglamento del Registro General de Publicidad, aprobado por O.M. de 5 de abril de 1965. - El Reglamento en su artículo 4º determina que a efectos de su inscripción en el Registro se denominarán agencias de publicidad de servicios plenos, aquellas empresas que, con la organización adecuada y la debida autorización se dediquen profesionalmente y por cuenta de terceros, a crear, proyectar, ejecutar y distribuir campañas publicitarias a través de todos los medios de difusión, prestando sus servicios simultaneamente a varios anunciantes, proporcionándoles una asistencia técnica completa en materia de investigación de mercados, promoción de ventas, asesoramiento sobre los medios de difusión, control sobre el desarrollo de los resultados de las campañas y los usuales de tipo complementario dentro de la misma especialidad. ¿Por qué razón la agencia que tiene la exclusiva de la publicidad de un medio no puede constituirse en agencia de servicios plenos, mientras dure la exclusiva? La razón estribá, como ya antes hemos indicado en la desnaturalización que la exclusiva produce en la función de la empresa de publicidad,

con la secuela de su pérdida de autonomía y de independencia y su conversión en instrumento de cooperación económica o en auxiliar del medio. Como - por otra parte con buen acuerdo el Estatuto ha tratado de tutelar la independencia de los diversos - sujetos de la actividad publicitaria, prohibiendo que los medios constituyan agencia o posean intereses económicos en ellas y, recíprocamente, que las agencias constituyan medios o posean intereses en ellos, el tratamiento del artículo 15 es el único que resulta posible. Las agencias que tengan la exclusiva de la publicidad de un medio reciben un - tratamiento autónomo y son inscritas en el Registro como agencias de publicidad de exclusivas (ar- tículo 8º del Reglamento). Las agencias de publici- dad de servicios plenos y las agencias de publici- dad general, desde el momento que celebran con un medio de difusión un contrato publicitario con - cláusula de exclusiva y mientras dicho contrato - esté en vigor recibe ese tratamiento.

Por último, conviene recordar que el pá- rrafo final del artículo 15 excluye de la aplica- ción de las normas antes referidas, aquellos ca- sos en los cuales la exclusiva que posea la agen- cia se refiera a la utilización concreta de la pu- blicidad que pueda fijarse en bienes materiales, tales como una valla, un muro y otros medios de -



publicidad análogos. Es de observar que en los casos mencionados en el párrafo en cuestión, la exclusiva posee un sentido completamente diverso, pues el contrato por virtud del cual se adquiriera un derecho a la utilización con fines publicitarios de bienes materiales como una valla o un muro, será normalmente un contrato de cesión del uso del bien asimilable del tipo del arrendamiento. Se quiere decir con ello que la exclusividad de la utilización forma entonces parte del contenido normal del contrato, por lo que no puede hablarse en rigor de un verdadero pacto de exclusiva. Desde este punto de vista la norma no tiene valor que el puramente aclaratorio de algo deducible per se, de acuerdo con la naturaleza de las cosas. Podría todavía discutirse si la empresa poseedora del derecho de utilización publicitaria de bienes materiales análogos a los reseñados (valla, muro, etc.) asume la naturaleza de agencia de publicidad o si por el contrario, constituye un medio de naturaleza especial sin duda de difusión publicitaria. Las agencias aparecen definidas en el artículo 11 como aquellas empresas que profesionalmente y por cuenta de terceros crean, proyectan, ejecutan o distribuyen campañas publicitarias. El medio, según hemos dicho anteriormente, es la empresa que posee y explota los elementos o vehículos de difusión. Se sigue de ello que una empresa dedicada a la ex-

plotación de bienes materiales como vehículo de pu  
blicitad exterior, constituye, por este solo hecho,  
un medio. Será además agencia si crea, ejecuta y -  
distribuye la publicidad que en aquellos bienes ha  
ya de difundirse. Podrán entonces aparecer la agen  
cia como exclusiva de publicidad si es departamen-  
to de explotación publicitario del medio o si en -  
virtud de una relación contractual posee la exclu-  
de éste.

Como resumen de todo lo que llevamos dicho  
en este apartado, convendrá ahora puntualizar las -  
siguientes conclusiones:

1º. El Estatuto de la Publicidad no constiti  
tuye una modificación del régimen jurídico de los -  
contratos de exclusiva, por el contrario, los con--  
tratos de exclusiva que puedan celebrarse entre los  
diferentes sujetos intervinientes en la actividad -  
publicitaria -anunciante, agencia y medios- se ri--  
gen por las normas generales.

2º. Los contratos de exclusiva han sido contemplados por el Estatuto de la Publicidad como una modalidad de transcendencia económica indudable, con el único fin de considerar la relación contractual que liga a las partes como una relación de cooperación económica entre empresarios - de grado diverso.

3º. Las únicas exclusivas afectadas por/ la regulación del Estatuto son la exclusiva del - anunciante y la exclusiva del medio. Las demás posibles relaciones de exclusividad no aparecen reguladas en la Ley.

4º. La regulación legal tiende exclusivamente a asimilar al empresario que por virtud de la exclusiva asume el papel de elemento auxiliar al empresario dominante, dejándola sometida al -- mismo régimen jurídico.

## CAPITULO SEGUNDO

### CONCEPTO Y CARACTERES DE LA EXCLUSIVA

#### I. Las notas características de la exclusiva: Ensayo de una definición.

Lo dicho hasta aquí impone ya alguna recapitulación que nos permita establecer las notas características de la figura que estamos estudiando para poder sentar, aunque sea provisionalmente, una definición (1).

a. La exclusiva es siempre una "pacto" o una "cláusula", que se inserta en un negocio jurídico. No constituye "per se" un negocio autónomo, sino que hace referencia siempre a otro negocio jurídico, es decir, se introduce en el contenido o se yuxtapone a un negocio jurídico, que adquiere con ella una fisonomía especial. Le conviene desde este punto de vista el calificativo de "disposición negocial".

b. El contenido de la exclusiva está constituido esencialmente por una obligación negativa,

? solo?  
Fuerza de hecho?

obligación de no hacer, cuyas características examinaremos más adelante, pero ya desde ahora podemos decir que su finalidad es proporcionar al concesionario respecto de otras personas, una situación de monopolio en relación con la prestación objeto del contrato.

c. En cuanto que la exclusiva entraña una relación duradera, supone, además, de un negocio jurídico una auténtica situación jurídica, en la cual se encuentran, en virtud de un contrato, el deudor y el acreedor, y puede definirse diciendo que es -- aquella situación jurídica en virtud de la cual -- uno de los contratantes adquiere un derecho de crédito sobre la conducta del otro que le coloca en una posición monopolística respecto de los demás posibles acreedores. La exclusiva tiene, por ello, una vertiente negocial: es un negocio jurídico o una -- parte de un negocio jurídico (cláusula, pacto, etc.) pero es también aquella situación o aquella manera de ser de la relación contractual a que ese negocio jurídico da lugar y que en virtud de ese negocio jurídico se constituye.

Aclaremos lo anteriormente expuesto, deteniéndonos más profundamente en el estudio de estas

notas apuntadas.

1. La exclusiva como negocio jurídico: cláusula, pacto y disposición negocial.

Al iniciar este estudio partimos ya de la idea de que las exclusivas constituyen una disposición negocial que se inserta en los más variados y diversos contratos. No es, en sí, un negocio jurídico, pero se inserta dentro de un negocio jurídico y por consiguiente, constituye una parte o porción de su contenido, y puede denominarse propiamente cláusula o pacto (2).

La proposición anterior entraña una verdad indudable, pero que conviene matizar de alguna manera. Al final del capítulo anterior llegamos a la conclusión de que el complejo de reglas, facultades y deberes que la exclusiva impone, puede resultar entre dos personas determinadas, como elemento natural del negocio por ellas celebrado, es decir, aun cuando ellas mismas no hayan efectuado ninguna declaración expresa de voluntad al efecto (v. gr. agencia). Pues bien, esta idea repercute de alguna manera en lo que se refiere al carácter o a la naturaleza negocial de las exclusivas, supuesto que

la exclusiva puede advenir sin que exista una especial declaración de voluntad que la implante. - Dicho lo más gráficamente posible, ello significa que cabe que exista exclusiva, aunque no haya existido cláusula o pacto de exclusiva. De lo anterior se desprende, sin ningún género de dudas, que definir la exclusiva como cláusula, como pacto o como disposición negocial puede ser exacto en la mayor parte de los casos -si se quiere en los que estadísticamente son más frecuentes-, pero sin embargo, no encierra una verdad, pues como ya hemos insistido puede haber exclusiva sin que haya previamente existido disposición negocial.

¿Debe todo ello conducir a negar, en términos generales se entiende, el carácter negocial de las exclusivas?. Por supuesto que no. La exclusiva exige siempre un negocio jurídico que por virtud del cual se crea entre las partes una relación jurídica duradera. La exclusiva no negocial es, en rigor, algo inconcebible. Toda exclusiva nace, como hemos dicho, porque entre las partes se celebra un negocio jurídico. La exclusiva, sin embargo, no es necesariamente una parte -cláusula, pacto, etc.- de ese negocio jurídico.

Más exacto sería referir la exclusiva no tanto el negocio cuanto a la relación o situación que por virtud del negocio se crea entre las partes. La exclusiva es, de esta manera, una determinada forma del contenido normativo de la situación inter partes que determina la existencia de unos ciertos derechos y deberes, que poseen una evidente tipicidad, por cuanto se dirigen a lograr finalidades que son igualmente típicas.

Por todo ello, a pesar de que hemos hablado de la exclusiva como cláusula, como pacto o como disposición negocial, reconociendo que esta nomenclatura será exacta con gran frecuencia más no siempre, parece conveniente trasladar el centro de gravedad de la cuestión y, por consiguiente también el centro de gravedad de nuestro análisis, del negocio jurídico o la relación o situación existente entre las partes.

2. La exclusiva como relación y como situación jurídica.

Hemos dicho que la exclusiva se encuadra dentro de una relación jurídica, que se crea entre dos o más personas y hemos dicho también que esta -



relación ha de ser una relación jurídica duradera, Ello es claro en todos los supuestos examinados -- más arriba, donde se comprueba que entre las partes se establecen relaciones duraderas de suministro, de gestión o representación, de colaboración económica, de arrendamiento o cesión de uso, etc. ¿Cabría pensar en una exclusiva encuadrada no dentro de una relación duradera, sino de una relación obligatoria, que por contraposición pudiéramos llamar instantánea o de tracto único?. El problema se plantea especialmente en relación con contratos de compra-venta de cosas determinadas y concretas, cuando al comprador le interese ser el único adquirente y poseedor de cosas de unas determinadas características, dentro de una zona determinada o de un sector. Piénsese en el ejemplo más arriba -- examinado de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1966, en el cual se trataba de una compra-venta de una radiogramola de unas características especiales, en la que el comprador, propietario de un bar, tenía interés en ser el único propietario de bares que poseyera dicho instrumento. Piénsese igualmente en que un comprador de un modelo de alta costura tenga interés en ser el único adquirente del mismo. Efectivamente, en los casos analizados, la relación obligatoria, parece que no es duradera. Y, sin embargo, ello es solamente cosa del -- primer momento y, una vez que la sorpresa se desva-

nece las cosas se ven con mayor claridad. Es cierto que en sí misma considerada una relación obligatoria de compra-venta de un bien concreto y determinado, no es una relación obligatoria duradera, sino instantánea. Sin embargo, en los supuestos que nos planteábamos, la relación jurídica existente entre las partes, que no es duradera, por lo que se refiere a la transmisión de las cosas, -venta-, adquiere aquel carácter duradero, por virtud de la inserción de la exclusiva, pues de ello determina un complejo de deberes y derechos entre las partes que solamente cumple su función cuando se prolonga a lo largo de un determinado espacio temporal. Puede por ello, admitirse plenamente que la exclusiva determina siempre una relación jurídica duradera entre las partes (3).

La exclusiva, al incidir sobre esta relación duradera (4) determina en ella una especial modalidad de la misma. ¿Qué es lo que caracteriza ésta especial modalidad que la exclusiva determina en la relación jurídica inter partes?. La respuesta a este interrogante, en línea de principio, es, a nuestro modo de ver, fácil. Lo que la caracteriza es un determinado complejo normativo que forma parte del contenido de dicha relación, o más claramente dicho;

la existencia de unos especiales derechos y deberes. La doctrina común -y también nosotros seguimos su -pauta- entiende que el contenido sustancial de la -exclusiva lo constituye una obligación negativa a cargo de una de las partes- el concedente de la exclusiva-, que consiste en la obligación de no celebrar con terceras personas contratos idénticos o similares al concertado con el concesionario.

Creo que no puede discutirse que en toda exclusiva existe siempre una obligación negativa, del tipo de la referida, pero reconducir siempre el fenómeno y establecer una ecuación según la cual exclusiva se igual a obligación negativa de no contratar, me parece que es simplificar con exceso la cuestión y -por ello, ofrecer un panorama falso de la misma. Lo característico de la exclusiva es, como hemos dicho, un complejo de derechos, facultades, cargas y deberes que modalizan la situación jurídica inter partes. Es, pues, un complejo y no una única obligación negativa.

De lo que se trata, obviamente, es de que esa relación o situación jurídica adquiera el carácter de única, es decir, sea exclusiva.

Al mismo tiempo se trata de crear, en favor -del concesionario de la exclusiva una especial posición

industrial, que le permita a éste último el control económico de bienes materiales o inmateriales de un determinado tipo, o bien, el control económico de los servicios profesionales de una persona.

Pueden, por ello, desglosarse las finalidades básicas de la exclusiva del siguiente modo:

1º. Se crea en favor de un empresario una posición industrial de control económico de determinadas mercaderías. Naturalmente, el empresario favorecido por la posición de control se encuentra en el ciclo de comercialización de dichos productos o mercaderías. La exclusividad interesa en el camino que lleva de la fabricación al consumo. La exclusividad no le interesa nunca al fabricante, que la tiene por hipótesis y tampoco le interesa al consumidor. Por el contrario, el interés existe, normalmente, en las zonas intermedias del ciclo económico. Puede hablarse por ello, de creación de una posición industrial de control económico de la comercialización de mercaderías.

2º. Se crea en favor de un empresario industrial una situación por virtud de la cual aquel será

el único a quien le será permitida o facilitada la utilización o explotación de determinados bienes in materiales. La exclusiva consiste aquí en una posición industrial de control económico de la explotación de bienes inmateriales.

3º. Por virtud de la exclusiva se crea en favor de un empresario una situación que le permite - ser el único que pueda recibir, disponer y disfrutar de los servicios de otras personas.

Según todo lo dicho, la exclusiva puede caracterizarse diciendo que es aquel complejo normativo, es decir, aquélla o aquéllas reglas jurídicas por - virtud de las cuales se establecen entre las partes de una relación jurídica una serie de derechos y deberes encaminados a proporcionar a una de las partes de la relación una posición industrial de control económico de la comercialización de mercaderías determinadas, de la explotación de bienes inmateriales o de la utilización de servicios. El contenido básico de la exclusiva lo constituyen, de esta manera, los derechos que para la protección de su interés se otorgan a una de las partes y los deberes -- que con el mismo fin se impone a las demás.

3. La exclusiva como derecho subjetivo: el derecho de exclusiva.- El núcleo más importante de lo que - antes hemos llamado "complejo normativo", lo constituye el conjunto de facultades que se otorga a - la parte beneficiada para que ésta pueda, como hemos dicho, tutelar y proteger su interés. Un conjunto de facultades, armónicamente organizadas dentro de una situación jurídica y atribuida a un titular, al arbitrio del cual se encomienda su ejercicio y defensa es, en rigor lo que la teoría general del derecho denomina un derecho subjetivo. Por esto, - si el beneficiario o concesionario de una exclusiva es titular de un conjunto de facultades unitariamente organizado por el ordenamiento jurídico, no cabe duda alguna que puede decirse que es titular de un derecho subjetivo. Puede hablarse de esta manera de un "derecho de exclusiva" para referirse a este conjunto de facultades. La expresión apuntada parece más exacta que la de hablar de "derecho a - la exclusiva", pues se trata de la situación de poder que otorga a su titular lo que antes hemos llamado una posición industrial y no simplemente la - facultad de obtenerla.

El derecho de exclusiva es la situación de - poder que el ordenamiento jurídico atribuye al ex-

clusivista para permitir a éste el disfrute de la posición industrial que ocupa y puede facilitarle la protección y defensa de la misma frente a los ataques o violaciones de que pueda ser objeto por parte de otras personas.

¿Cuál es la naturaleza jurídica, el contenido y el alcance de este derecho del exclusivista?. La respuesta se encuentra, como es natural, en -- función de la manera de configurar el régimen jurídico de la institución que nos ocupa. Como hemos -- apuntado ya más arriba y como desarrollaremos más detenidamente en el último de los capítulos de este trabajo, uno de los problemas más importantes -- que las exclusivas plantean, es el relativo a los efectos que las mismas producen y, en particular, al que se refiere a dilucidar si los efectos se -- producen únicamente entre las partes o son susceptibles de afectar de alguna manera a la esfera jurídica de terceras personas. Si se sostiene la primera de estas direcciones, no cabe duda de que la eficacia de la exclusiva queda limitada a las partes. En tal caso el derecho subjetivo del exclusivista será un derecho relativo y más concretamente puro derecho de crédito como facultad de exigir

una prestación del concedente, prestación que será aquel compartimiento negativo u omisivo que permita al titular continuar en el disfrute de su interés. En definitiva, es la misma idea que se predica cuando se equiparan exclusiva y obligación negativa de no contratar puesto que el acreedor de la obligación negativa es, por definición, acreedor de una prestación de omisión.

En cambio, si se admite una eficacia de la exclusiva respecto de terceros, la cuestión cambia por completo. En su momento veremos cómo, a nuestro juicio, la eficacia respecto de terceros de las exclusivas, es algo que en principio puede admitirse: indudablemente por lo que se refiere a los terceros que conocen la exclusiva e indudablemente también, respecto de los terceros que actúan de mala fe (y actúan de mala fe no solo los que violan la exclusiva conociéndola realmente, sino también aquellos cuya actividad se debe a una conducta negligente y descuidada y, por tanto, socialmente condenable o usualmente no correcta). La eficacia respecto de terceros de las exclusivas es más dudosa frente a los terceros de buena fé.

Para nuestro tema de ahora es suficiente, sin embargo, que la exclusiva sea capaz de surtir efec-



tos respecto de terceros. Si ésto es así, y así es a nuestro juicio, según hemos anticipado, no cabe ninguna duda de que el derecho del exclusivista no consiste solo en un derecho de crédito a obtener - una prestación negativa del concedente -no contratar- sino que es un derecho mucho más amplio, que está formado, por decirlo así, por dos grupos distintos de facultades, unas que tutelan al beneficiario frente al concedente y otras que tutelan al beneficiario frente a los terceros. Por ésto, no puede decirse que el derecho del exclusivista sea un puro derecho relativo, sino que en definitiva, es, se quiera o no se quiera, un derecho sobre lo que antes denominábamos una posición industrial o comercial. La posición industrial o comercial es el objeto básico del interés del exclusivista y, - por tanto, el que el ordenamiento atribuye al titular, permitiéndole o facilitándole su disfrute y - facilitándole también los medios de protección y - de defensa contra las eventuales violaciones o lesiones que pueda sufrir, tanto por obra del concedente, como por obra de los terceros.

4. La exclusiva como un bien jurídico. El razonamiento anterior nos lleva a preguntarnos si la exclusiva -

constituye, en sí misma considerada, un bien jurídico, aunque sea de naturaleza inmaterial. No cabe duda ninguna de que el empresario que posee una exclusiva ve, por esta razón, incrementados sus beneficios. La exclusiva es, pues, de esta manera, un elemento de la empresa que constituye una fuente de ganancia o de beneficio. Ahora bien, para que algo -- pueda decirse que constituye un bien jurídico, aunque sea de naturaleza inmaterial, es menester que sea susceptible de valoración económica y ésta valoración económica se encuentra siempre en función de su posible realización. Es ésta, a nuestro juicio, -- la máxima dificultad que se opone a una posible concepción de la exclusiva como un bien que forma parte de la empresa, pues, en principio, no es posible someterlo a valoración, por no ser susceptible de realización. Esta afirmación exige alguna puntualización. Es posible que el derecho de exclusiva -- pase de unas manos a otras, es decir, se trasmita. Pero siempre con la empresa, por los cauces normales, que impliquen sucesión en la titularidad de -- la misma. El problema reside en si cabe transmisión independiente. En este caso la transmisión de la exclusiva no estara sometida normalmente a las reglas

generales sobre transmisión de bienes, sinó al régimen jurídico de la cesión de los contratos y exigirá por ende, el consentimiento del contratante cedido, concedente de la exclusiva.

## II. Los tipos de exclusiva.

### I. Introducción: Necesidad de una tipificación de los diversos supuestos de exclusivas.

En las páginas anteriores hemos tratado de obtener una visión panorámica, lo más completa posible - del fenómeno de los pactos o cláusulas de exclusiva. Hemos intentado efectuarlo así, estudiando, en primer lugar, los casos directivos que nos ofrece la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. En segundo lugar, y dada la parquedad de nuestra doctrina jurisprudencial, la tarea ha sido completada haciendo un estudio de los diferentes pactos de exclusiva que de acuerdo con los usos de los negocios se establece en los diferentes tipos de contratos.

Esta tararea, llevada a cabo en las páginas anteriores, prima facie, nos convence de que existe - una gran diversidad de supuestos. Conviene por ello, como labor inmediata, efectuar una agrupación de es-

tos diversos supuestos, sentando lo que podemos llamar supuestos típicos. La tipificación es, en la tarea, -- que nos ocupa, una labor ineludible. No se trata solo de establecer distinciones académicas o escolásticas, sin otro valor que el puramente didáctico. En nuestro tema la tipificación es una premisa inevitable del análisis que nos proponemos realizar. Son varias las razones de este carácter inevitable que en nuestro tema tiene la tipificación de supuestos. Como advertimos al principio en todas aquellas zonas del ordenamiento jurídico que por su novedad o por aparecer muy condicionadas por factores económicos y sociales, todavía no se ha logrado una perfecta institucionalización, la importancia del caso concreto es decisiva. -- Por otra parte hay que pensar también que un régimen jurídico unitario, aplicable a la totalidad de los supuestos de hecho que la vida social va incesantemente planteando, no es seguramente posible. Es necesario -- por ello, establecer grupos de casos a los cuales ese régimen jurídico unitario sea de posible aplicación.

Justificada de esta manera la necesidad de establecer una diferenciación entre los diversos supuestos y una tipificación de los mismos, el segundo paso consiste en encontrar los criterios con arreglo a los cuales la clasificación debe hacerse, Es ésta una cues

ción mucho más árdua, y en la cual existe siempre una cierta dosis de arbitrariedad. Sin embargo, - la idea inspiradora de toda clasificación debe -- ser siempre, a nuestro juicio, lograr y construir grupos armónicos de casos, o si se prefiere, de conflictos de intereses, a los cuales deba aplicarse una disciplina normativa idéntica, es decir, fenómenos jurídicos a los cuales deban imponerse unos mismos requisitos de validez y de los cuales deba derivarse unos mismos efectos jurídicos. Por ello, pensando siempre que los requisitos de validez y los efectos jurídicos dependen en gran medida de las finalidades de orden empírico que las partes en conflicto han tratado de conseguir, el primer criterio de clasificación debe lograrse contrastando el fenómeno de las exclusivas con la realidad económica.

2. La exclusiva y la realidad económica.

El exámen de casos concretos efectuado en el capítulo anterior, nos induce a pensar que a través de los llamados pactos o cláusulas de exclusiva, las partes buscan conseguir finalidades de tipo económi

co de signo muy diverso. Tomando como base esta idea, puede establecerse una enumeración de supuestos, que no pretende ser una enumeración completa o exhaustiva sino simplemente tener un valor indicativo.

a) El aprovisionamiento o abastecimiento en exclusiva.

Esta figura (5) surge en la relación que se establece entre el titular de una explotación económica o empresa productora de determinadas materias primas/ y la persona o empresario que precisa de ellas para utilizarlas en el proceso económico de producción o fabricación de mercancía. La figura indicada aparece/ cuando el empresario productor de las materias primas se compromete a facilitar éstas exclusivamente - al empresario que ha de utilizarlas en un proceso de fabricación de mercancías. Es evidente, tras lo dicho, que en el caso que ahora nos ocupa. la exclusiva se inserta en un contrato de suministro y que en ella es exclusivista o concesionario de la exclusiva el comprador de los productos y concedente u obligado por la exclusiva el vendedor.

La finalidad económica que mediante la figura - que analizamos se trata de obtener es una situación - de exclusividad del fabricante respecto de la fuente

de aprovisionamiento o de abastecimiento dominada - por el concedente. El fabricante puede tener un interés evidente en asegurar el abastecimiento de materias primas de su empresa y en asegurar también la estabilidad de los precios de adquisición. Por su parte, el productor de las materias primas puede tener también interés en asegurar la normal salida/ de sus productos a unos precios estables. La coincidencia de ambos intereses puede encontrar jurídicamente su composición a través de dos caminos o de dos vías distintas. De la primera, el fabricante se compromete a adquirir toda la producción del empresario productor de las materias primas. La segunda vía consiste en la celebración de un contrato de suministro con cláusula de exclusiva. En rigor se trata de dos supuestos distintos aunque muy próximos - entre sí. La proximidad, sin embargo, no exime de tratar de establecer las diferencias que entre ambos supuestos se dan, pues también estas diferencias puede conducir a una diversidad de tratamiento en el orden jurídico. Aparece así, por una parte el convenio de compra de toda la producción y por otra, el / contrato de suministro con cláusula de exclusiva. La diferencia sustancial entre ambos radica en que, en

el primer caso, el comprador adquiere una obligación cuantitativamente determinada: la de compra de toda/ la producción; mientras que, en rigor, no existe -- verdadero pacto de exclusividad puesto que éste, da da la estructura del negocio, es innecesario. En el segundo caso, en cambio, el comprador no adquiere -- una obligación cuantitativamente determinada y es -- en cambio el vendedor el que asume la obligación -- normativa de no suministrar las materias primas a -- otras personas competidoras del exclusivista. De -- ello se deriva el que mientras en el primer caso -- el fin primordial es el aseguramiento del abastecimiento de las materias primas, en el segundo, en -- cambio, prima la finalidad de limitación de la competencia, (6).

b) La distribución en exclusiva (7).

Aparece esta figura en el ciclo económico que los productores siguen desde que salen del fabricante hasta que llegan al consumidor. Al fabricante le interesa asegurar la salida de sus productos y crear al mismo tiempo, una red o un canal de comercialización de los mismos. Para ello, el fabricante puede --



concertar con otra persona un compromiso por virtud del cual este último será el único distribuidor de aquellos bienes en una determinada zona. De esta manera la producción, para esa zona, se canaliza exclusivamente a través del distribuidor. El distribuidor por su parte, empresario mercantil, asegura su negocio al contar con un stock de mercaderías para traficar con ellas.

Igual que en el caso anterior, también aquí se trata de una exclusiva que se inserta en un contrato de suministro y en ella el exclusivista o concesionario de la exclusiva es el comprador de los productos y el concedente el vendedor de los mismos. Existe, - sin embargo, una diferencia notable entre el supuesto que ahora contemplamos y el mencionado en el párrafo anterior. Aunque la naturaleza de la relación jurídica que liga a las partes es la misma, la finalidad económica perseguida a través del negocio es diferente. En el primer caso se trataba de obtener un abastecimiento de materias primas para ser sometidas a transformación -y consiguientemente a producción de nuevos bienes- en el proceso económico. En el segundo caso, en cambio, el exclusivista se refiere a los mismos bienes ya fabricados. Puede decirse por ello que así como la primera incide de lleno en el ciclo

de producción, la segunda incide de lleno en el ciclo de distribución y comercialización de los productos.

c) La representación en exclusiva.

En la representación en exclusiva (8) el exclusivista o concesionario de la exclusiva, que ejerce su actividad empresarial como gestor de intereses de otros empresarios -representante o agente- se compromete a desenvolver su actividad empresarial-gestora únicamente en favor del concedente de la exclusiva y - éste, a su vez, se compromete a que sus productos, en una determinada zona se canalice a través de su representante exclusivo. De esta manera, cuando el representante o agente desenvuelve su actividad en el camino de determinados bienes, la finalidad obtenida a través de la representación en exclusiva es muy similar, por no decir idéntica, a la que se buscaba en el caso anterior a través de la distribución en exclusiva. En ambos casos, se trata de insertar un pacto de exclusividad en una relación jurídica que se establece para comercializar bienes o productos. La diferencia básica entre ambos supuestos radica en la naturaleza y en la estructura de esa relación jurídica que liga a ambas partes -fabricante o productor y comer-

ciante o distribuidor (9). En el primer caso, la relación existente entre las partes es una relación de suministro, por virtud de la cual el comerciante se convierte en un adquirente de las mercaderías, que procede a revenderlas por su propia cuenta y a su propio riesgo. En el segundo caso, en cambio, la relación entre fabricante y comerciante es una relación genuina de servicios (agencia, comisión) y por ella el comerciante no se hace propietario de las mercaderías, sino que las vende por cuenta de y a riesgo de su comitente, siendo indiferente que la comisión la desempeñe en su propio nombre o en nombre de los dueños del negocio.

Esta diferencia de naturaleza y de estructura de la relación jurídica básica, hace que aún cuando la finalidad económica perseguida sea la misma, el tratamiento jurídico haya de ser diferente.

d) El establecimiento en exclusiva.

En un terreno diverso de aquel en que se sitúan los supuestos anteriormente examinados, se trata el caso de lo que llamamos "establecimiento en exclusiva". En esta figura, un comerciante o un indus-

trial, es decir, un empresario trata de conseguir que su establecimiento sea el único que posea unas características o una naturaleza determinada, dentro de -- una zona determinada también. Es obvio que para ello es necesario que pueda celebrarse un convenio con una persona que ostente una situación de dominio respecto de toda la zona en cuestión. Cuando ello es posible, el convenio tiene por objeto que el establecimiento empresarial sea el único existente en toda la zona -- dominada por el concedente de la exclusiva. La relación que ligue a concedente y concesionario puede -- ser de signo muy diverso (verbi gracia, arrendamiento, compra-venta de un local, etc.) Lo básico es que en el pacto por medio del cual el empresario adquiere el terreno necesario para la radicación de su establecimiento, pueda insertarse un compromiso por medio del cual el concedente se obligue a que el establecimiento del concesionario sea el único existente en la zona.

Bajo esta idea pueden situarse algunos de los ejemplos que con anterioridad hemos señalado. Ocurre así con el caso del Ayuntamiento que concedía la exclusiva de restaurante en un mercado municipal, con la empresa urbanizadora que concede la exclusiva de supermercado en la barriada urbanizada por ella o -

con la sociedad dedicada al transporte público que concede la exclusiva de la publicidad que pueda fijarse en sus vehículos.

En todos los casos examinados la finalidad económica perseguida es, como hemos reiterado ya, que el establecimiento del concesionario sea el único -- existente en la zona. Se sigue de ello que el fin de toda causa y negocio, consiste, en rigor, en la exclusión de todos los demás posibles competidores del exclusivista dentro de la zona señalada. Parece, por ello, que el negocio está presidido por una idea de limitación de la concurrencia.

e) La concesión en exclusiva.

Bajo el nombre de concesión en exclusiva, -- quizás arbitrario y en cierta medida vago, nosotros designamos todos aquellos convenios por virtud de los cuales una de las partes, concedente, se compromete, al mismo tiempo que faculta a la otra, para utilizar determinados bienes, a que el concesionario sea la única persona que gozará de dicho privilegio de uso. La cláusula de exclusiva protege, entonces, fundamentalmente, el interés del concesionario en ser el único usuario, de los bienes en cuestión. La

figura, naturalmente, surge cuando dichos bienes han de ser empleados o explotados dentro de una empresa, bien sea una empresa industrial, que los destine a la producción, o bien sea una empresa comercial, que los necesite para su tráfico. Normalmente la concesión en exclusiva se referirá a bienes inmateriales. Los casos más claros son los contratos de concesión de licencia de explotación de una patente de invención, el contrato de concesión de licencia de utilización de modelos industriales o de uso de marcas, el contrato por virtud del cual se permita la explotación de determinados secretos industriales o fórmulas, etc. Pero la figura puede aparecer también cuando la concesión se dirija a permitir la utilización de bienes materiales, con tal que, como antes decíamos, esta utilización se incardine en el proceso económico. Piénsese por ejemplo, en el contrato de arrendamiento de material industrial en el cual se pacte que el arrendatario será el único que dentro de una determinada zona disponga de dicha maquinaria, de interés especial por su novedad o por el influjo que ejerza en el proceso productivo, como ocurriría cuando dicha maquinaria determine un importante aumento de la producción o una mejora de la calidad de los productos, a un ahorro de trabajo, etc.

f) El trabajo en exclusiva.

Como un supuesto radicalmente especial de todos los que hasta aquí llevamos expuestos, puede mencionarse la hipótesis de trabajo en exclusiva.- En ella el exclusivista es siempre un empresario - que precisa, para el desenvolvimiento de su empresa, el trabajo de otra persona y concedente de la exclusiva es el trabajador que se compromete a --- desenvolver su actividad únicamente en favor de la empresa en cuestión. Se comprende enseguida, que - esta figura que denominamos de trabajo en exclusiva solamente es posible cuando se dan dos condiciones básicas. La primera es una especial cualificación de la naturaleza del trabajo y una especial - cualificación también de la persona del trabajador, dentro de su oficio. Ha de tratarse siempre de un/ trabajo que pueda considerarse como trabajo profesional cualificado. La segunda condición, es una - cierta independencia del trabajador respecto de los empresarios que le emplean. Cuando ambas condiciones aparecen, puede ser de interés para el empresario disponer, con carácter de exclusividad de los servicios del trabajador en cuestión. Aquí puede situarse el ejemplo más antiguo que encontrábamos - en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y

que es, según se recordará, un contrato de exclusiva otorgado por una cantante con una casa de grabación de discos fonográficos. Similares son los contratos que pueda celebrar, por ejemplo, un actor cinematográfico con una empresa productora de películas o un torero con un empresario de plazas taurinas. Pero en la misma línea se encuentran los contratos de trabajo que se inserten en un ciclo económico de producción de bienes, como puede ser por ejemplo, la contratación en exclusiva de los servicios de un ingeniero especializado en proyectar maquinaria, respecto del fabricante de la misma.

La enumeración de supuestos que en las líneas anteriores hemos intentado es, a nuestro juicio, la primera y más clara tipificación de las hipótesis de pactos o cláusulas de exclusiva. Es también la más próxima a la realidad social, puesto que se encuentra fundada en circunstancias o elementos de naturaleza económica. Un estudio del tema exige, sin embargo, una continuación de la tarea, pues es preciso traducir las diferencias económicas existentes entre los diversos supuestos tipificados en diferencias que sean estrictamente jurídicas. La diferenciación de los supuestos de acuerdo con las diversas características jurídicas de los mismos es la que a continuación trataremos de establecer.



3. Las cláusulas de exclusivas y el objeto del negocio jurídico.

Cabe ensayar una clasificación de las exclusivas teniendo en cuenta, en primer lugar, la naturaleza del objeto del negocio jurídico en el cual el pacto o cláusula de exclusiva se inserta. Con arreglo - a este criterio es posible distinguir, por una parte, unas exclusivas que inciden en la órbita de la contratación de bienes y, por otra parte, exclusivas que inciden en la órbita de la contratación de servicios. A su vez, en el primero de los grupos referidos -contratación de bienes-, puede establecerse una subdistinción según que los bienes contratados sean bienes materiales o sea, por el contrario, bienes inmateriales.

En la primera de las zonas señaladas pueden colocarse los contratos que antes hemos denominado de aprovisionamiento o abastecimiento, de distribución, de establecimiento y de concesión, mientras que en la segunda zona, es decir, aquella que, como decíamos, comprende la órbita de contratación de servicios, abarca lo que antes denominamos representación en exclusiva, es decir, contratación de los servicios de gestión de un agente, de un mandatario o de un comisionista y los contratos de trabajo en exclusiva, referidos a servicios profesionales cualificados.

La diferenciación de las exclusivas de acuerdo con la naturaleza del negocio jurídico en que se insertan, posee también gran trascendencia desde el punto de vista del tratamiento y del régimen jurídico de la figura. Al estudiar la validez de estos pactos, nos encontraremos con que uno de los obstáculos más graves que a dicha validez se opone, consiste en su posible colisión con las normas que prohíben acuerdos limitativos de la competencia. En ese momento comprobaremos como la clasificación ahora establecida debe jugar un transcendental papel. Comprobaremos que de limitación de la competencia solamente puede hablarse en aquellos casos en que el contrato tiene por objeto el comercio de bienes materiales y que en cambio no es posible llegar a tal conclusión en los negocios de concesión de uso de bienes inmateriales y en los negocios de contratación de servicios.

4. Pactos de exclusiva y promesas de exclusividad.

Con toda la arbitrariedad que siempre entraña la elección de una terminología, puede establecerse una distinción entre "pactos de exclusiva" y "promesas de exclusividad". La utilización de las expresiones "pactos" y "promesas" no trata de indicar una diversa naturaleza jurídica del negocio a través del cual la exclusiva se crea, aunque las palabras puedan dar lugar en este punto a un equívoco, pues es frecuente -

utilizar la idea de pacto para hacer referencia a un negocio contractual, o por lo menos, a una parte del mismo y la expresión "promesa" se utiliza, en cambio, para designar las declaraciones unilaterales de voluntad. Cuando nosotros intentamos distinguir pactos de exclusiva y promesas de exclusividad, no establecemos diferencia entre la estructura y el funcionamiento - del negocio, que parecen, por lo menos abstractamente considerados, idénticos, sino entre la diversidad de la situación jurídica que por virtud del negocio se crea entre las partes contratantes. En los casos que englobamos bajo la rúbrica de pactos de exclusiva, la disposición negocial que constituye la exclusiva, instaura fundamentalmente, según hemos dicho ya, una - obligación negativa a cargo del promitente o concedente de la exclusiva. Esta obligación negativa consiste sustancialmente en un deber jurídico de no celebrar con terceras personas contratos que tengan por objeto prestaciones de idéntica naturaleza o prestaciones de naturaleza concurrencial con aquellas que han sido prometidas en el contrato en exclusiva. En cambio, en los casos que englobamos bajo la rúbrica de promesas de exclusividad, el promitente ha de continuar celebrando con terceros, contratos de naturaleza idéntica al que ha celebrado con el exclusivista. El ejemplo más claro de esta hipótesis lo constituye el supuesto

que antes denominamos de establecimiento en exclusiva, en el cual el pròmitente celebraba con el exclusivista un contrato que era v. gr. de arrendamiento. Por ello la obligación que asume el concedente de la exclusiva no es una obligación negativa -de no contratar-, sino una obligación positiva, la cual consiste en un deber jurídico de introducir en los demás contratos de la misma naturaleza que el concedente celebre con terceros, una cláusula por virtud de la cual queden a -salvo los intereses del exclusivista, v. gr. una cláusula por virtud de la cual los sucesivos arrendatarios se comprometan a no destinar los locales al género de negocio a que se dedica el exclusivista.

Es claro que en lo que hemos llamado "pacto de exclusiva" hay una serie de futuros contratos que le quedan convencionalmente prohibidos al promitente de la exclusiva: el comitente no puede celebrar, por ejemplo, nuevos contratos de suministro o de servicios. - Por éso hemos dicho que su obligación negocial es fundamentalmente una obligación negativa, puesto que tiene por objeto un no hacer del promitente. En las llamadas "promesas de exclusividad", en cambio, el promitente no asume una obligación negativa. 'El promitente de la exclusiva, en nuestro ejemplo, puede seguir arrendando. Su obligación contractual, como hemos dicho, es una obligación positiva u obligación de hacer. un deber de hacer todo aquello que sea necesario para que

el interés del estipulante o concesionario de la exclusiva quede satisfecho. (10)

5. Las exclusivas y el círculo de los sujetos interesados: exclusivas simples y exclusivas multilaterales.

Desde otro punto de vista, las exclusivas pueden clasificarse también atendiendo a la amplitud -- del círculo de sujetos interesados en ella y al número de personas intervinientes en la relación jurídica que el negocio crea. De la misma manera que los negocios jurídicos en general se clasifican en bilaterales o plurilaterales, cabe pensar en contratos -- con cláusula de exclusiva celebrados entre dos personas o entre más. A las primeras las llamaremos exclusivas simples y a las segundas, exclusivas multilaterales (11).

a) El supuesto de la exclusiva simple es el supuesto típico por decirlo así. El contrato se concierta entre dos personas, comprador y vendedor, comitente y comisionista, etc., y en él se concede un derecho de exclusiva. La exclusiva aparece entonces en una única relación jurídica de naturaleza claramente bilateral. Hay en ella dos partes únicamente, de las cuales una asume la figura que hemos denomina

do de promitente o concedente de la exclusiva (deudor de ella) y la otra, se constituye en estipulante o concesionario (acreedor de la exclusiva).

b) El fenómeno de la exclusiva multilateral aparece cuando varios empresarios asumen la obligación de contratar en exclusiva determinados bienes o servicios con una persona. Por ejemplo: varios fabricantes de una misma mercancía se obligan a -- distribuirla conjuntamente a través de un único -- distribuidor; o bien, varios fabricantes se obligan a tener un único representante en exclusiva.

En el supuesto mencionado, la obligación de exclusividad puede derivar en un único negocio jurídico celebrado conjuntamente por los diversos intervinientes, o bien de una serie sucesiva de negocios jurídicos bilaterales. En uno y otro caso se tratará de un negocio jurídico complejo, caracterizado por la unidad de su función económica.

La relación no es entonces, en rigor, una relación bilateral, pues el número de los intervinientes determina la creación de una serie de relaciones jurídicas diversas que liga a cada uno de los concedentes con el concesionario y a los concedentes entre sí.

Existen derechos y deberes recíprocos de los concedentes frente al concesionario, pero también de los concedentes entre sí. No puede hablarse de una única obligación con una pluralidad de deudores, pues el supuesto no puede reducirse ni a los esquemas de la solidaridad ni a los de la mancomunidad. Más que una obligación única con sujeto -- deudor múltiple, hay en el caso examinado una pluralidad de obligaciones, cada una de las cuales -- tiene un único deudor.

6. La unilateralidad y la reciprocidad de la exclusiva.

El fenómeno de la exclusiva puede diversificarse también atendiendo al hecho de que la situación de exclusiva por virtud del negocio que se -- crea, quede constituida en beneficio de una sola -- de las partes o en beneficio de ambas recíprocamente. Pueden así, contraponerse unas exclusivas unilaterales y una exclusiva bilateral o recíprocas.

a) En la exclusiva unilateral, solamente -- una de las partes --el concesionario-- adquiere el -- derecho de exclusiva y solamente una de las partes

asume el compromiso u obligación de mantener la situación de exclusividad. Es éste el supuesto más frecuente. En el aprovisionamiento o abastecimiento en exclusiva, únicamente el empresario titular de la fuente de aprovisionamiento queda obligado a facilitar las materias primas al empresario favorecido por la exclusiva, mientras que éste, en cambio, queda en libertad para adquirir las que puedan proporcionarle otros proveedores. En la distribución o suministro con exclusiva, el suministrador se compromete a entregar las mercaderías únicamente al distribuidor exclusivista, pero éste queda en libertad para poder comprar las fabricadas por otros empresarios.

b) Cuando el exclusivista es bilateral los contratantes quedan recíprocamente vinculados por el compromiso de exclusividad. Ambos contratantes adquieren entonces los derechos dimanantes de la exclusiva y ambos contratantes asumen las obligaciones necesarias para mantener dicha situación. Piénsese que en los ejemplos anteriores, además de quedar obligado el abastecedor o el fabricante a facilitar en exclusiva los bienes de que se trate al empresario abastecido o al distribuidor, éste último queda



rá también obligado o no adquirir otros bienes que los que aquellos le faciliten. En el supuesto de la representación, el compromiso recíproco se da cuando el comitente se obliga a tener un único representante (representante en exclusiva), pero cuando éste último se obliga también a su vez a no representar o gestionar otros intereses que los del concedente de la representación.

7. La exclusiva expresa y la exclusiva tácita o presunta.

Hasta aquí hemos pensado siempre que la exclusiva es una disposición negocial que por obra de la voluntad de los interesados se inserta en un negocio jurídico, del cual constituye una parte y puede por ello, ser denominada "cláusula" o "pacto". Es éste, no cabe duda, el supuesto normal. Las partes del negocio declaran, expresamente su voluntad de estatuir entre ellas un determinado régimen jurídico y, por consiguiente, un determinado repertorio de derechos y deberes enderezados a conseguir aquellas finalidades prácticas que los mismos se proponen. En todos estos casos la exclusiva aparece expresamente establecida (exclusiva expresa).

Frente a éstos, existen otros casos, en los cuales es necesario entender que la exclusiva constituye un elemento natural del contrato y que, por consiguiente, debe considerarse establecida aunque falte al efecto un pacto expreso de las partes (12).

¿En qué casos debe considerarse la exclusiva elemento natural del contrato?

La respuesta a este interrogante es muy difícil de dar. Un examen de los diversos supuestos que más arriba hemos examinado, a primera vista, nos lleva ya al convencimiento de que, efectivamente, en algunos de ellos, la exclusiva debe entenderse establecida entre las partes aunque nada se haya pactado.

a) El contrato de agencia es, desde este punto de vista, el ejemplo más claro. El nombramiento de un agente presupone lógicamente, el carácter exclusivo de éste dentro de una determinada zona o ámbito de actuación. Ello es tan claro, que aquellos cuerpos legales, más modernos y progresivos, que han dotado al contrato de agencia de una reglamentación completa, han establecido la exclusiva como un elemento integrante del contrato, que funciona incluso a falta de pacto de las partes al respecto. El Código Civil italia-

no puede ser un claro ejemplo de lo que decimos, aunque siempre sea posible el pacto en contrario.

b) En los supuestos que más arriba denominamos de "concesión", la exclusiva aparece también, dentro de una sana hermenéutica, como un elemento natural - del contrato. Cuando el contrato tiene v. gr. como - finalidad la concesión de una licencia de explotación de una patente, resulta claro que el fin perseguido/ por las partes solamente se logra si la concesión reviste el carácter de concesión en exclusiva respecto de la zona o ámbito de actuación del concesionario, - puesto que en otro caso la concesión pierde interés. Lo mismo puede decirse respecto de la concesión de - licencia para uso de una marca, de un modelo industrial, etc. En estos casos parece necesario el pacto en contrario para evitar la interpretación que mantenemos. Sin embargo, pueden existir supuestos -incidencia de la realidad económica en el derecho- que permitan aceptar la tesis contraria de acuerdo con lo que después expondremos.

c) Más dudosos aparecen, en cambio, los casos que en su momento denominamos de "establecimiento". La celebración de un contrato de arrendamiento para la instalación de un determinado negocio dentro de una zona (v. Gr. el supermercado en la urbanización,

el restaurante en el mercado, etc.) por sí solo, no determina la necesidad del carácter exclusivo. La exclusiva, como elemento natural del contrato, será necesaria en aquellos casos en que aparezca así determinado por el interés de ambas partes y por las demás condiciones del contrato.

Las consideraciones anteriores nos permiten ahora tratar de dar respuesta al interrogante que con carácter general establecimos líneas arriba, / que era, como se recordará, dilucidar en qué casos debe considerarse la exclusiva como un elemento natural del contrato, que funcione incluso a falta de pacto expreso de las partes. Una primera respuesta, ligada con toda la corriente voluntarista que trata de fijar la sustancia de los fenómenos jurídicos en la voluntad de los sujetos, podría ser aseverar que la exclusiva es elemento natural del contrato, en todos aquellos casos en que, aún cuando no habiendo sido declarada expresamente por las partes su voluntad, esta voluntad ha existido y puede inducirse, por vía de interpretación, bien de hechos concluyentes o bien de cualesquiera otras circunstancias que lo demuestren. Este sería, en rigor, el auténtico caso de una "exclusiva tácita". La dirección voluntarista, sin embargo, a nuestro -

juicio, no es suficiente y debe ser sustituida, en nuestro caso, por una respuesta que tenga un fundamento objetivo. Desde un punto de vista objetivo - la exclusiva debe considerarse elemento natural del contrato en todos aquellos casos en que sea exigible de acuerdo con los criterios derivados de la buena fe y del uso de los negocios. En nuestro derecho positivo tanto la buena fe como el uso de los negocios constituyen indudablemente criterios de integración de las declaraciones contractuales y son al mismo - tiempo fuente de creación de especiales deberes contractuales. La aplicación del artículo 1,258 C.C. a nuestro caso, es, a nuestro juicio, indiscutible. - Los contratos obligan no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino tambien a todas aquellas consecuencias que, segun su naturaleza, vengan im-puestas por la buena fe o por el uso. Dos son los condicionamientos de la integración del contrato - permitida por el artículo 1.258: una, la de que esta integración sea conforme con la naturaleza del contrato; otro, la que lo exijan el uso de los ne-gocios o la buena fé.

Una aplicación de estas ideas al tema que a nosotros ahora nos ocupa nos permite distinguir los siguientes tipos de exclusivas:

1º. Las exclusivas de origen netamente contractual, que tienen su fundamento en una expresa declaración de voluntad de las partes de dotar al contrato que celebran del carácter de exclusiva.

2º. Las exclusivas de origen legal, que se producirán en todos aquellos casos en que la Ley atribuya el carácter de exclusivo al contrato que las partes celebran, como acontecerá en aquellos ordenamientos jurídicos en que exista una disposición legal al efecto (v.gr. en el contrato de agencia en las legislaciones que así lo establecen).

3º. Las exclusivas, que sin venir expresamente concertadas por las partes, tienen carácter usual, por obra de la conducta negocial reiterada, dentro - de un determinado círculo de negocios (uso de los - negocios). El uso actúa como un elemento de interpretación de la voluntad de las partes (artículo 1,287 C.C.) y como un elemento de integración objettiva del contrato (artículo 1.258 C.C.). En estos casos el silencio de las partes debe considerarse integrado por el uso. Es admisible, sin embargo, una declaración expresa de voluntad excluyendo la aplicación del referido uso.

4<sup>o</sup>. Las exclusivas impuestas por la buena fe. La buena fe debe considerarse aquí en su concepción objetiva, ésto es, como un standard de conducta social, que impone la honradez y la lealtad de los tratos y que obliga a las partes que han celebrado un - contrato a cumplir todos aquellos deberes necesarios para que dicho standard o módulo quede satisfecho.

### CAPITULO TERCERO

#### LA NATURALEZA JURIDICA DEL PACTO DE EXCLUSIVA

1. El contenido esencial del Pacto de exclusiva: la obligación negativa y la obligación de no contratar.

Para algún sector de la doctrina y de la jurisprudencia la cláusula de exclusiva, que se agrega a los diversos tipos de contratos supone una obligación de no hacer respecto del tipo de la prestación objeto del contrato y -- consiste bien en la obligación de no realizar en favor de otros una prestación semejante, -- bien en la obligación de no recibir de otros -- similar prestación o bien en ambas obligaciones conjuntas (1). Esta es la idea que entre nosotros ha mantenido la sentencia del Tribunal Supremo -- de 29 de octubre de 1.955 que es, probablemente, hasta la fecha, aquélla que con más rigor y dete



nimiento ha estudiado el problema. Según ella el pacto de exclusiva es aquel pacto por virtud del cual se contrae la obligación de no recibir de - terceras personas una determinada prestación o - bien de no realizar una prestación en favor de - terceras personas, o bien ambas obligaciones recíprocamente. Se carga, de esta manera, según se ha dicho, el acento sobre la idea de "prestación", no recibir una prestación, no efectuar una prestación.

La misma idea sigue, por ejemplo, el Código Civil italiano, el cual en el artículo 1.567 y - 1.568, referidos al suministro con cláusula de - exclusiva, preceptúa que si en el contrato se establece una cláusula de exclusiva en favor de - quien realiza el suministro, la otra parte no puede recibir de terceras personas prestaciones de - idéntica naturaleza, ni tampoco, salvo pacto en - contrario, proceder por sus propios medios a la - producción de la mercadería o bienes que constituyan el objeto del contrato y, si la cláusula de - exclusiva se plantea en favor de la persona que - tiene derecho a recibir el suministro, la otra -- parte no puede, dentro de la zona para la cual - la exclusiva se concede y durante la vigencia -- del contrato, realizar directa o indirectamente a terceras personas prestaciones de la misma na

turalidad de las que constituyen el objeto del contrato. De esta manera la sustancia de la exclusiva se sitúa en el momento de la realización de la -- prestación contractual: no realizar o no recibir -- determinadas prestaciones (2).

Ahora bien, como quiera que todo prestación -- es, en definitiva, el objeto de un contrato, resulta que el pacto de exclusiva, lo que propende en -- realidad es a impedir la celebración de determinados contratos, por lo que puede concluirse diciendo que el pacto de exclusiva encierra siempre una -- obligación de no contratar. Es cierto que entre la obligación de no contratar y la obligación de no -- realizar o de no recibir determinadas prestaciones contractuales puede encontrarse alguna diferencia. Efectivamente, la misma que existe entre celebrar un contrato y cumplirlo o ejecutarlo. Sin embargo, no parece que esta diferencia tenga carácter esencial. En definitiva, la exclusiva solamente se -- viola o se infringe cuando se cumple el nuevo contrato celebrado en contra de ella, pero en rigor/ puede ya decirse que ha sido infringido con la celebración del nuevo contrato aún cuando este no -- haya sido todavía ejecutado. Puede, por tanto, en esta materia emplearse como expresiones sinónimas

las de obligación de no contratar y obligación de no realizar o no recibir determinadas prestaciones.

La objeción más seria que puede hacerse a semejante manera de concebir las cláusulas de exclusiva no es su falta de exactitud, cuanto su insuficiencia. Es claro que toda cláusula de exclusiva -- subyace una obligación negativa y que esta obligación pertenece al tipo de las obligaciones de no -- contratar. Una relación semejante del fenómeno jurídico estudiado es, sin embargo, sobremanera esquemática y tan parca que no permite aprehender la amplitud que el caso tiene. En la introducción a estas -- páginas pusimos de relieve, cómo en la exclusiva -- existía algo más que una pura obligación negativa. Dijimos entonces, que, con carácter general, las -- cláusulas de exclusiva se insertan en contratos celebrados por empresarios mercantiles como instrumento para integrar en el seno de la empresa bienes o servicios de naturaleza muy diversa, pero -- siempre económicamente valiosos para la misma.

En la mayor parte de los casos, como ha puesto de relieve FERRI (3), se trata de una relación de colaboración económica entre empresarios, que -- tiende a dar lugar a una integración económica de/

tipo vertical. Más ampliamente puede decirse que las cláusulas de exclusiva constituyen un instrumento en derezo a integrar en el seno de una empresa mercantil servicios de carácter profesional, convirtiendo a una de las partes en auxiliar del empresario o -- bien estableciendo una colaboración recíproca entre los mismos. Desde este punto de vista es claro que en las sucesivas ventas o suministros con exclusiva en rigor no estamos ante una auténtica venta o un - auténtico suministro, cuanto ante una conversión -- del comprador en distribuidor de la mercancía fabricada por el empresario concedente de la exclusiva./ De la misma manera cuando un trabajador, un profesional o un artista comprometen su trabajo en exclusiva para un empresario, lo que está haciendo en realidad es integrar su trabajo dentro de la empresa.

La tesis según la cual los pactos o cláusulas de exclusiva tienen como finalidad el ser instrumentos para integrar en el seno de una empresa bienes o servicios de naturaleza económica y dar lugar, - dentro de la misma a una colaboración bien entre - empresarios o bien entre un empresario y una serie de personas que se sitúan en una función auxiliar/ respecto del mismo, no es tampoco suficiente. Sirve, acaso, para explicar, las ventas o suministros en exclusiva donde el suministrado se convierte en

objeto distribuidor del fabricante y las formas de realización de trabajo, servicios o gestiones con carácter exclusivo. Hay, sin embargo, otros supuestos a los cuales aquella caracterización no les -- conviene. Con anterioridad y siguiendo en ello la pauta marcada por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo situamos entre las exclusivas aquellas hipótesis en que se produce el disfrute exclusivo de un bien con un destino exclusivo tambien: - un local para restaurante en exclusiva dentro del mercado; una licencia de explotación de una patente de invención, tambien en exclusiva, etc. En estos casos y en otros similares que cabría encontrar no puede decirse que se produzca una integración - del arrendador del local o del titular de la patente, concedente de la licencia en exclusiva, dentro del seno de la empresa de que es titular el arrendatario o el concesionario de la exclusiva.

De lo que se trata en las exclusivas, a nuestro juicio, es de algo que creemos haber señalado ya: atribuir carácter de monopolio a la conducta de prestación del deudor dentro de un sistema concurrencial. El hecho es el siguiente: toda prestación, por su naturaleza, en cuanto conducta

humana, constituye algo que es perfectamente diversificable por una parte y multiplicable por otra. - El deudor puede realizar múltiples y diversas conductas de prestación en favor de acreedores también diversos. Normalmente, cuando el acreedor persigue/únicamente el disfrute de la prestación en sí misma considerada, al acreedor, que recibe la prestación/convenida, le resulta por completo indiferente que/el deudor realice idénticas prestaciones en favor - de otras personas. La exclusiva nace precisamente para canalizar toda conducta de prestación que un - deudor que posea unas determinadas características o rasgos en favor de un único acreedor: se trata en tonces, de que el derecho del acreedor sobre esa -- conducta de prestación tenga un carácter de derecho monopolístico. Un contrato con cláusula de exclusi- va es, pues, un negocio jurídico del que las partes pretenden que nazca un derecho de crédito monopolís- tico sobre la conducta del deudor. Por esta razón,/ a nuestro juicio, es exacta la tesis tradicional en cuanto sitúa la esencia del fenómeno de la exclusi- va en una obligación de no realizar una determinada prestación en favor de terceras personas, siempre y cuando que esta caracterización puramente negativa -no realizar-, no recibir- se la yuxtaponga la ca- racterización positiva: realizar o recibir exclusi- vamente de una determinada persona.

II. La accesoriedad del pacto de exclusiva: con trato accesorio, contrato mixto y contrato complejo. La desnaturalización del contrato principal y su transformación en un contrato distinto por obra de la exclusiva.

Al examinar anteriormente los pactos de exclusiva se ha discutido por los autores si se trata de un pacto, cláusula o disposición negocial - (4) de carácter accesorio respecto del contrato en el cual se inserta (5), o si, por el contrario, el pacto constituye por sí un negocio jurídico, autónomo e independiente (6). En la doctrina la tesis de la autonomía del pacto de exclusiva ha sido mantenida por algunos autores, como CORRADO y GORLA.- La opinión dominante, sin embargo, propende a considerar el pacto como una disposición negocial accesorio respecto del contrato en que se inserta.

El problema tiene probablemente, un carácter más teórico que práctico, pues es evidente que aun en el caso de que se llegara a la conclusión de que el pacto constituye per se, un negocio jurídico autónomo e independiente, no cabe duda alguna - en el sentido de que habría por lo menos que admitir el necesario ligamen entre dicho negocio jurí-

dico autónomo e independiente con otro negocio jurídico (suministro, agencia, mandato, etc.), con lo cual se pone en conexión, pues es obvio que carece por completo de sentido un pacto de exclusiva aislado en el mundo del tráfico jurídico sin que exista, por definición, una prestación contractual a que referir la exclusiva. De aquí se deduce que las alternativas a que conduce el problema planteado son o bien admitir su carácter de pacto accesorio de un contrato principal (9) (10) en el que queda insertado, o bien considerar que exista un complejo negocial formado por dos negocios jurídicos co ligados entre sí estructural y funcionalmente. Las consecuencias prácticas parece que son en uno y otro caso las mismas. La tesis de la autonomía e independencia del negocio de exclusiva/ podría tener valor si permitiera afirmar que no obstante la falta de invalidez o la ineficacia/ del negocio de exclusiva, el negocio al cual aparece ligado pudiera continuar surtiendo todos sus efectos, pero admitida la figura de la nulidad parcial del negocio jurídico la conclusión sería la misma en el caso de que el supuesto se



configurara como pacto accesorio de un contrato principal. Para decidir el problema de la autonomía o de la accesoriedad del pacto la única - nota que puede poseer valor es la de la unidad/ del propósito o intento empírico de las partes/ (11). Si todo el conjunto de disposiciones y de reglas de autonomía privada responden a una unidad de propósito y de intento empírico, es claro que nos encontramos en presencia de un único negocio jurídico. Pues bien, en este sentido, no cabe ninguna duda a nuestro juicio (12). En los supuestos que hasta ahora hemos diseñado y teniendo presentes la unidad del intento empírico es - evidente. Hay por ello, una unidad de negocio jurdíco, dentro de la cual se inserta un contrato principal (compra-venta), suministro, comisión, agencia, etc.) y una disposición accesorio del - mismo, la regla de exclusiva, a la cual puede llamarse en este sentido riguroso, cláusula o pacto (13).

El nexo que existe entre el negocio así llamado principal y el pacto de exclusiva no es, sin embargo siempre, una relación de subordina--ción, pues para que entre las diversas partes de de un negocio jurídico pueda hablarse de un nexo

de subordinación sería necesario que el principal pudiera valer sin lo accesorio y es claro - que la exclusiva puede operar en el propósito - de las partes como causa o motivo fundamental - del contrato, de tal manera que éste sin aque-- lla pierda todo su interés.

Cuando hablamos por tanto, de pacto de carácter accesorio la accesoriedad no debe entenderse como subordinación, sino en el sentido de que es siempre una disposición negocial/ que precisa de otro contrato principal al que/ servir.

-III. La cláusula de exclusiva y las llamadas determinaciones accesorias de la voluntad en el negocio jurídico.

Despues de todo cuanto llevamos dicho, cabría preguntarse si el mejor modo de ordenar sistemáticamente las cláusulas de exclusiva no es situarlas entre las llamadas "determinaciones accesorias de la voluntad", en los negocios jurídicos, supuesto que se trata de una disposición negocial, aplicada a la mayor parte de los contratos, que no forma parte del contenido -- esencial de éstos, sino que es añadida por vo--

luntad de las partes (14).

El concepto de las "determinaciones accesorias de la voluntad" -llamadas tambien por los autores a veces "elementos accidentales del negocio juridico" y en otras ocasiones "autolimitaciones de la voluntad"- es sin embargo un concepto bastante falto de claridad. La doctrina es casi unánime en situar bajo aquella rúbrica las figuras de la condición, el término y el modo, pero generalmente no suele preocuparse por señalar cuáles son los rasgos que dotan de unidad a estos supuestos, ni por consiguiente cual es la sustancia que se esconde bajo aquella etiqueta / general.

PACCHIONI, que utiliza la terminología tradicional y habla de "elementos accidentales del negocio", dice que son "aquellos que pueden ser añadidos por las partes a cada contrato sin gular por ellos celebrado para conseguir que -- responda mejor a las exigencias y circunstancias del caso concreto (15).

BARBERO, sin embargo (16) señala que esta categoría, comunmente conocida con el nombre de elementos accidentales del negocio jurídico, y a la cual, a su juicio, pertenecen la condi--

ción, el término y el modo, contrariamente a lo que indica la denominación adoptada, en su opinión inexacta, no está formada por elementos constitutivos, aunque sean accidentales, del negocio, sino por requisitos de su eficacia. Habla por ello de una "subordinación" y de un "evento subordinante" para designar cómo los efectos del negocio dependen alternativamente, de una circunstancia dada, a la que las partes confieren la función de decidir sobre dichos efectos.

CANDIAN, habla de "elementos constitutivos accidentales" para distinguirlos de los esenciales. Sin éstos el negocio no puede existir; sin aquéllos sí. Aparecen en la relación particular a que el negocio da origen como consecuencia de una finalidad especial que se trata de obtener y tienen "importancia esencial - para la regulación del interés en juego" (17).

COVIELLO, las llama "limitaciones del contenido del negocio jurídico" y enseña que - en el negocio jurídico pueden encontrarse algunas determinaciones de la voluntad que no son

necesarias a la esencia del mismo, ni son consecuencia de su índole, sino meramente accidentales, marcado el negocio en su tipo abstracto, - pero que por voluntad de las partes son elementos esenciales en el negocio concreto. Es indefinido el número de tales determinaciones -dice- pero sólo pueden ser objeto de un estudio general las que tienen la eficacia de limitar el -- contenido normal de un negocio.

Por su parte -y con él coincidimos-, - SANTORO-PASSARELLI, recoge la idea de la caracterización de estas figuras como elementos accidentales es válida con referencia al negocio típico, pero que con referencia al negocio concreto son elementos constitutivos y esenciales. Se consiente a la autonomía privada regular del modo más variado, en el caso concreto, el modo de los efectos del negocio: junto a una voluntad dirigida simplemente a los efectos típicos del negocio, que entonces se llama puro, se admite una voluntad a la que son inherentes modalidades. La voluntad en este caso -dice el autor - citado- no se limita, ni limita sus efectos. - Por el contrario, se produce un más vasto ejercicio de la autonomía privada y una más completa serie de efectos (18).

Este somero recorrido a través de los autores que han intentado caracterizar de un modo general las llamadas determinaciones accesorias de la voluntad o también elementos accidentales del negocio jurídico, nos lleva, a nuestro juicio, a la conclusión de que semejante categoría carece de homogeneidad. La categoría aparece por el tratamiento conjunto del caso en - que se produzca la yuxtaposición de un negocio jurídico con una condición que repercuta en su eficacia (negocio condicional), y la del establecimiento de un plazo como momento de comienzo de vigencia o de término de vigencia de los efectos de un negocio jurídico. A estos dos su puestos fundamentales (condición y término) se añade algunos otros de singular especialidad. Así el modo, figura mal caracterizada conceptualmente, que entraña una conducta o un comportamiento especial a cargo del beneficiario de una atribución gratuita. A esta triada com puesta por la condición, el término y el modo, algunos autores añaden todavía la figura de la presuposición o la llamada base del negocio. En rigor, como decíamos estos supuestos hacen difícil justificar su tratamiento unitario dentro

de la teoría general del negocio jurídico. En primer lugar, hay que observar que en el modo de lo que se trata es de dotar a un negocio jurídico de atribución gratuita de un contenido especial, imponiendo al beneficiario el -- concreto deber de realizar en favor de otras/ personas un determinado comportamiento, por -- lo cual el modo pertenece en rigor no tanto -- a una teoría general del negocio jurídico -- cuanto a la disciplina del negocio gratuito,/ y en todo caso se encuentra dentro de la órbi ta del contenido de derechos y deberes impues tos por el negocio jurídico a las partes. En cuanto al problema de las condiciones y del -- término a plazo, pertenecen a un orden de fina lidades completamente distintos. Se trata con ellos de configurar de una manera especial la eficacia del negocio. Esta especial configura ción se consigue en la condición mediante la -- configuración de un supuesto de hecho hipotéti co con la idea de que solo para tal supuesto -- tendrá validez la reglamentación preceptiva de intereses que el negocio jurídico contiene. Si se sigue una dirección normativista o precepti vista del negocio jurídico y este es considera do como una regla de conducta (lex privata), -- esta regla de conducta es como las normas jurí dicas generales, un imperativo hipotético. Lo

Lo único que ocurre es que por regla general el supuesto de hecho en el que la norma negocial debe funcionar es un supuesto de hecho implícito en el pensamiento de las partes. La condición como fenómeno específico/ aparece cuando las partes concretan este hipotético supuesto de hecho en el cual su negocio debe tener vigencia o perderlo.

El término o plazo pertenece a su vez a un terreno diverso del anterior y no tiene de común con la condición otra cosa - que el suponer una manera especial de configuración de la eficacia del negocio jurídico. Se trata en definitiva de señalar un momento temporal en el cual el negocio debe comenzar a tener vigencia o a perderla.

De todo lo dicho se desprende que, - según poníamos de relieve con anterioridad, la categoría carece de la necesaria homogeneidad. Habría incluso que propugnar su desaparición como una rúbrica especial de las / teorías del negocio jurídico con el fin de / dotar a cada uno de los problemas prácticos de un tratamiento independiente.



Todavía cabría observar que las expresiones "determinaciones accesorias de la voluntad" o elementos accidentales del negocio jurídico no responden a la realidad, puesto que según se ha puesto ya de relieve, tales determinaciones o elementos son solo accesorios o accidentales pensando en el negocio como tipo -- normativo, pero cada negocio concreto o real -- representan elementos tan esenciales como cualquiera otro.

De todo ello se desprende a nuestro juicio, que no cabe encasillar las exclusivas en un rúbrica o figura que carece de la necesaria consistencia teórica.

La cuestión no es excesivamente importante en lo fundamental. La tratamos por estimar que estamos obligados a lograr un "asiento" sistemático al pacto de exclusiva. Repetimos -- que la finalidad es casi puramente pedagógica o de orden didáctico.

#### IV. La función Económica de los Pactos de Exclusiva.

1. El pacto de exclusiva como contrato de empresa.

Hemos señalado más arriba cómo en virtud de una cláusula o pacto de exclusiva se trata de proporcionar al acreedor el disfrute en monopolio de una determinada conducta de prestación del deudor y que ello no solamente suponía una restricción o limitación de las posibilidades de obrar del deudor, sino también, al mismo tiempo, una ampliación o un ensanchamiento de las perspectivas de disfrute del acreedor, el cual, al disponer con dicho carácter de la conducta de prestación del deudor revaloriza ésta al poder impedir que otras personas se aprovechen de la misma. Este planteamiento indica ya que, como decíamos, la raíz más honda de las cláusulas o pactos de exclusiva estriba en la conversión de la conducta de prestación, que por su naturaleza es múltiple y variable, en un bien aprovechable por una sola persona. Por ésto apuntábamos figuradamente que se trata de dar "carácter real" a un objeto de derecho que por su naturaleza es relativo. Se sigue de ello que la esencia del fenómeno tenga un aspecto claramente negativo. Cuando se habla de "excluír" se quiere decir que otros deben ser apartados del disfrute de un bien o de

un servicio de naturaleza económica, La cláusula no busca tanto el efecto positivo de permitir al acreedor el disfrute del bien -que ésto lo da - por sí sólo el contrato principal en que la cláusula se inserta-, como impedir que otras personas puedan al mismo tiempo obtener un disfrute semejante de la prestación del deudor.

Aparece así perfectamente claro, desde este momento, que las llamadas cláusulas de exclusiva guardan una relación muy estrecha, por hipótesis, con un fenómeno concurrencial: el - acreedor pretende impedir que existan otros posibles acreedores de una prestación idéntica - de un mismo deudor. Y ello, como es lógico, porque este acreedor se encuentra en una situación de competencia con esos otros potenciales acreedores. Esta competencia es, naturalmente, de índole mercantil. Por este punto se encuentra un nexo de unión que liga a las cláusulas de exclusiva con todo el mundo de la teoría de la concurrencia en el derecho mercantil.

Sobre este tema volveremos más adelante. Lo que ahora interesa, sin embargo, señalar es

que, al ser acreedor de la prestación es exclusiva una persona colocada en una situación de - concurrencia mercantil, ha de ser hipótesis un empresario. De ésto podemos ya extraer una primera e importante conclusión: las cláusulas o - pactos de exclusiva se insertan siempre en contratos en que el acreedor de la prestación en exclusiva es un empresario mercantil.

¿Puede decirse también que igualmente el otro contratante, es decir, el deudor de la prestación en exclusiva ha de ser empresario mercantil, de manera tal que las cláusulas en debate - nacen siempre en contratos entre empresarios?. A esta conclusión parecen llegar algunos autores - italianos, para los cuales el fenómeno de las ex - clusivas se incardina dentro del fenómeno más - vasto de la integración económica y constituye, por decirlo así, una modalidad de las relaciones de colaboración económica entre empresarios en el ámbito de lo que puede llamarse una integración de tipo vertical. Mediante una limitación de la libertad de iniciativa de un empresario, dice MOREDA (19), se trata de asegurar a otro, que se vale de la colaboración de aquel, una

posición de exclusividad y de predominio, bien se trate de una colaboración independiente del ejercicio de la propia actividad de quien se vale de ello, o bien posea la mencionada colaboración económica el carácter de una función/auxiliar. Esa tesis, sin embargo, que puede ser útil para explicar algunos casos particulares de cláusulas de exclusiva, no parece que pueda alcanzar un carácter absoluto y generalizante sin matización alguna. Es obvio que en determinados casos una cláusula de exclusiva es un instrumento al servicio de una integración económica de tipo vertical. Piénsese, por ejemplo, en el caso que antes mencionábamos de una venta por suministro con exclusiva: el comprador o adquirente de las mercaderías puede llegar a convertirse en virtud del contrato en un "distribuidor en exclusiva" del fabricante. Desde este momento aparece clara la integración de ambos empresarios, el fabricante y su distribuidor en exclusiva en una relación de colaboración e integración económica. Del mismo modo, cuando una persona se compromete a prestar en exclusiva servicios de agente, de representante o de comisionista de otra, es evidente también

que se produce la misma situación de colaboración e integración. Pero, por su esencia el pacto de exclusiva no exige una relación jurídica entre dos empresarios, sino que, como ya hemos dicho, es suficiente con que sea empresario mercantil - el acreedor de la prestación en exclusiva. Por el contrario, el deudor de dicha prestación no tiene por qué serlo. Piénsese igualmente en los ejemplos que más arriba mencionamos si un trabajador manual, un profesional o un artista que se comprometen a prestar su trabajo en exclusivo. - Es evidente entonces que ese trabajo, manual, intelectual o artístico, se integra en el seno de una empresa -la empresa de la que es titular el acreedor- pero que ello no significa por sí solo que también el deudor haya de ser un empresario.

La conclusión de todo este razonamiento, es, por tanto, clara. Puede decirse, sin ningún género de dudas, que con carácter general las cláusulas de exclusiva se insertan en contratos celebrados por empresarios mercantiles y - constituyen un instrumento para integrar en el seno de la empresa bienes o servicios de naturaleza muy diversa. No puede en cambio decirse,

con carácter general, que el pacto o cláusula de exclusiva suponga un contrato entre empresarios, si bien existen casos particulares en que así acontece. En estos casos, no cabe duda de que la exclusiva da lugar no solo a una relación de colaboración económica entre los empresarios contratantes, sino en la mayoría de los supuestos a una integración de tipo - vertical situándose el empresario deudor en función de auxiliar respecto del empresario.

2. La función económica del pacto: limitación - de la competencia e integración económica.

En la doctrina se ha discutido cuál sea la finalidad o función económico social que a través del pacto de concesión de la - exclusiva se trata de realizar. Para responder a esta pregunta se ha dado, sobre todo en la doctrina italiana, según pone de relieve CUGIELMETTI (20), dos posiciones claramente distintas. Con arreglo a una de ellas, a través del pacto de exclusiva se tiende a - conseguir una finalidad práctica de cooperación y representación económica entre dos -

empresarios que pertenecen a escalones distintos del ciclo económico de tal manera que, por decir así, uno de ellos se integra en el marco de la actividad empresarial del otro, respecto del cual asume una función auxiliar (21).

Con arreglo a la segunda dirección se piensa que, aun admitiendo que en muchos casos a través de la figura que nos ocupa, se trata de realizar esa función de cooperación o de representación económica, ésta no es esencial al pacto de exclusiva, ni tiene por qué darse en él. La función económica esencial del pacto de exclusiva es --se dice-- una función de limitación de la concurrencia (22). El contenido esencial de la cláusula de exclusiva lo constituye una obligación negativa; la obligación de no comprar o de no vender a otros una determinada mercancía; la obligación de no realizar en favor de otros un determinado trabajo, un determinado comportamiento o una cierta prestación. Visto que se estipula una obligación negativa de esta especie para que el pacto pueda ser considerado como una cláusula de exclusiva, se com



prende entonces facilmente que en su más pura esencia la cláusula de exclusiva tienda, como su propio nombre indica, a excluir a otros. - Para que además de esta función de exclusión/ de los otros y por consiguiente, de exclusividad del titular, se realice una función de cooperación o colaboración económica entre em--presarios, será necesario que en el contrato/ se inserte, además de la pura obligación negativa (cláusula de exclusiva) otras estipula--ciones o pactos que generen deberes u obliga--ciones de tipo positivo, como son por ejemplo las de comprar una determinada cantidad de --mercancía, ejercer la actividad necesaria para la difusión y venta del producto entre los consumidores, atender a la publicidad del mismo,/ facilitar informes, etc., etc., (28). Pero estas obligaciones o deberes positivos, esencia--les para que se cumpla la finalidad de cooperación y representación económica no pertenecen/ ya al mundo estricto de la cláusula de exclusiva, la cual se constriñe, como hemos dicho, a/ la pura obligación negativa. Se deduce de ello, de esta manera que la función esencial de la -cláusula radica en la idea de la limitación de

la concurrencia.

Ahora bien, la limitación de la concurrencia, que se produce a través de una cláusula o de un pacto de exclusiva, presenta unas características muy singulares que conviene desde ahora tener en cuenta y sobre las cuales es posible llamar la atención, aunque de una manera muy general. Los pactos o cláusulas de exclusiva pueden situarse entre lo que se ha llamado los "límites negociales de la competencia", es claro -- que debe distinguirse dos grandes zonas, según -- que el negocio limitativo de la competencia se -- establezca entre los mismos competidores o se -- realice con miras a surtir sus efectos frente a un competidor, pero entre personas que no se encuentran en competencia. El "estar en competencia" supone que los competidores se encuentran -- realizando funciones idénticas en el mismo campo del sector económico. Son competidores, como es lógico, dos fabricantes de detergentes o dos comerciantes de electrodomésticos. Cuando el pacto se celebra entre competidores, por ejemplo, estableciendo precios iguales o separando zonas para distribuir cada uno en ellas sus productos, nos/

encontramos en rigor ante un pacto de no competencia. En cambio, en las exclusivas ocurre cabalmente algo muy diverso. El pacto se celebra, como ya hemos dicho, entre personas que normalmente se en encuentran en escalones diversos del ciclo económico (24). No es, por tanto, un pacto entre competidores, sino un pacto entre no competidores para excluir al competidor de las pretensiones que eventualmente le pueda producir aquello que concede la exclusiva (25).

SEGUNDA PARTE

=====

LA CUESTION DE LA VALIDEZ

## CAPITULO CUARTO

### La validez de los Pactos de Exclusiva

#### I.- Planteamiento del problema: los pactos de exclusiva y la disciplina normativa sobre acuerdos limitativos de la libre concurrencia.

Hemos dicho en la introducción a estas páginas que el pacto de exclusiva trata de proporcionar al acreedor un disfrute en régimen de monopolio de una determinada conducta de prestación -- del deudor. Hemos dicho también que ello supone -- una restricción o una limitación de las posibilidades de obrar del deudor y al mismo tiempo una ampliación de las perspectivas de disfrute del acree

dor, el cual, por hipótesis, queda facultado para impedir que otras personas se aprovechen de aquélla. Por esta razón señalábamos que las cláusulas de exclusiva nacen y se desarrollan por esencia - dentro de un fenómeno concurrencial: lo que el -- acreedor pretende es "impedir" que existan otros posibles acreedores de una idéntica prestación. - Es decir: el acreedor empresario mercantil trata de impedir que otros empresarios que se encuentran con él en una situación de competencia puedan aprovecharse de aquella prestación. Este planteamiento conduce a lo que a nuestro juicio es la más grave cuestión que debe salvarse para afirmar la validez, en nuestro ordenamiento positivo, de las --- cláusulas de exclusiva: hasta qué punto puede vivir válidamente dentro de un ordenamiento jurídico que consagra como principio fundamental de la vida económica la libre competencia en el mercado. (1).

1.- El concepto jurídico de competencia económica.

Cuando se habla de competencia en el orden económico, ocurre lo que acontece frente a -- tantos otros conceptos lógicos. Tenemos de ellos siempre una idea intuitiva y primaria pero son, -- sin embargo, muy difíciles de aprehender y de fijar por medio de palabras. Los juristas dan por -- supuesto el concepto de competencia, entendiendo que se trata de un concepto económico. Esta acti--tud constituye, sin embargo, no sólo una indebida renuncia de algo que a los juristas les correspon--de ineludiblemente --fijar los términos técnicos -- de las normas jurídicas--, sino además un error, -- pues ocurre que tampoco los economistas han llega--do a establecer un concepto claro de lo que la competencia sea, limitándose a suponerlo conocido.

El Profesor GARRIGUES, en un libro re--ciente (2), señalaba agudamente que la competen--

cia es un concepto que excede de la economía. Hay competencia -dice- en el deporte, en la ciencia, en el amor. La idea de la lucha por la existencia, añade el autor citado, y la de selección natural - de los que triunfan en esa lucha, en suma, preside el concepto de competencia. La idea de competencia es, además, una transposición de un concepto que - atraviesa de punta a punta toda la historia de la economía, desde la lucha de los cazadores en la selva por conseguir la mejor pieza hasta la batalla entre las empresas que se disputan el mercado. En economía -concluye GARRIGUES- esta lucha es la lucha por la conquista del cliente. El competidor se propone apartar a los demás para ser el primero (3).

Por su parte, ASCARELLI, indica que la competencia puede definirse como un hecho que encuentra su raíz en la limitación misma de los me--



dios con que cada sujeto cuenta, limitación ante la cual, en una primera y amplísima acepción, todos los deseos o aspiraciones se presentan en concurrencia, es decir, de manera tal que no pueden ser todos ellos ilimitadamente satisfechos, sino que la satisfacción solamente puede concerner a algunos de estos deseos y aspiraciones dentro de determinados límites y con una determinada sucesión cronológica (4).

La concurrencia deriva, por tanto, de la pluralidad de necesidades por un lado y de la de los bienes que pueden satisfacerla por otro. Encuentra natural incremento en una situación de producción en masa, que multiplica la cantidad de bienes y al mismo tiempo trata de estimular y crear los deseos y necesidades que en dichos bienes encontrarán satisfacción.

ASCARELLI, insiste en que la concurrencia es ante todo, un hecho que se produce por la col-

si3n de deseos y necesidades de una parte y bienes con que satisfacerla por otra. A la concurrencia - como hecho, contrapone el autor citado, el acto o los actos de concurrencia, esto es, aquellos que - tipicamente y por tanto objetivamente considerados, se dirigen a la obtenci3n de clientela. Para ello, como quiera que estos clientes deben ser consumidores o posibles consumidores de bienes o de servi--cios, los actos de concurrencia consisten en actos dirigidos a atraer directamente clientes, a poten--ciar para ello la propia organizaci3n, a disminuir la afluencia de clientes hacia los dem3s competidores o disminuir la eficiencia de la empresa rival. (5).

Se deriva de lo dicho, que la idea de --competencia en el orden econ3mico hace referencia, en primer lugar, a una situaci3n conflictiva en la cual se encuentran dos o m3s empresarios mercanti--les o industriales. Existe entre los empresarios -competidores un conflicto de intereses que encuen--

tra su centro de gravedad en la obtención de la mayor ganancia posible. (6). Para ello, cada empresa rio debe producir más y vender más que sus competitidores. (7). Desde este punto de vista como señala agudamente ASCARELLI, en el párrafo antes citado, la competencia consiste en la atracción del cliente y en la potenciación de la propia organización y al mismo tiempo, en la desviación del cliente -- respecto de la empresa rival y en la disminución -- de la eficiencia de esta. (8).

Pero al mismo tiempo que ésta situación de conflicto entre empresarios, la idea de competencia, en el orden económico, designa también una situación objetiva del mercado, que se caracteriza por la existencia en él de una pluralidad de ofertas y de demandas y por consiguiente, por la existencia de un mecanismo de formación de los precios generales del mercado - precios de contratación -, que es automático y que opera normalmente, con independencia de la voluntad de las diversas personas que en él intervienen.

Desde el punto de vista de la economía tradicional, se entiende que aquella situación conflictiva de competencia, al dar lugar al automatismo y a la independencia en la formación de los precios es el mejor mecanismo de regulación del mercado. Parece necesario tratar de distinguir estos -- dos perfiles de la idea económica de competencia, porque la distinción nos va a ser de una gran utilidad en la exposición subsiguiente. Competencia es, pues, en primer lugar una situación de conflicto de intereses entre empresarios, caracterizada -- por la lucha por la obtención de una mayor producción y de una mayor venta y por consiguiente de una mayor ganancia. Competencia es, al mismo tiempo, -- una situación objetiva del mercado caracterizada -- por la existencia de una pluralidad de ofertas y -- demandas de bienes y servicios y por un automatismo en la formación de los precios y de las demás -- condiciones de contratación.

2.- Las características de la competencia mercantil.

De cuanto llevamos dicho hasta aquí se desprende con nitidez cuales son las condiciones que un mercado debe reunir para que pueda decirse que en él rige la ley económica de la competencia.

Debe existir en primer lugar, como decíamos, una pluralidad de ofertas y de demandas, es decir, una pluralidad de empresarios que destinan al mercado bienes o servicios y una pluralidad de personas, empresarios o no, consumidores o usuarios de los referidos bienes o servicios, que pretendan adquirir los bienes o utilizar los servicios ofrecidos.

Como quiera que lo que en términos económicos se conoce con el nombre de ofertas y demandas, en términos jurídicos son propuestas de contratación, un mercado en régimen de competencia es un mercado en el cual o al cual concurren una plu-

ralidad de contratantes. Normalmente estos contratos son contratos de compraventa de bienes económicos. Sin embargo, la competencia se produce también respecto de cualquier otro tipo de contratación (por ejemplo, contratos de arrendamiento, de obra, de servicios, etc.). (9).

La segunda característica necesaria para que la competencia exista es, según decíamos, el automatismo en la formación de los precios. Es la clásica Ley de la oferta y la demanda. Las decisiones empresariales son iniciativas individuales. El precio en el mercado se forma a virtud de la proporción existente entre la oferta y la demanda. -- Una mayor oferta da lugar a una necesidad de disminuir los precios con el fin de poder dar salida a los productos. Pero por el contrario, una mayor demanda produce un aumento de los mismos. Al mismo tiempo que automática, la formación de los precios

en régimen de competencia es, en línea de principio, independiente de la voluntad de las diversas personas que concurren al mercado. Ninguno de los concurrentes en el régimen puro de competencia puede influir decisivamente sobre los precios y sobre las demás condiciones del mercado. Es precisamente esta ausencia de un poder de influir decisivamente sobre los precios la que caracteriza el mercado en régimen de competencia. Se desprende de ello que no existe un verdadero régimen de competencia cuando, aún existiendo una pluralidad de contratantes, alguno de ellos es tan poderoso que por sí solo puede imponer precios: v. gr.: cuando existen varias empresas oferentes de determinado bien, pero una de ellas realiza por sí sola la mayor parte de la producción o, a la inversa, existen varias empresas consumidoras de determinadas materias primas, pero de hecho una sola de ellas absorbe la casi totalidad de la producción. (10).

### 3.- La licitud de la competencia.

Frente al fenómeno de la competencia económica el ordenamiento jurídico puede adoptar posturas muy diversas. Como señala Garrigues, en el libro antes citado, el Derecho puede, frente a la competencia económica, limitarse a acotar el campo de combate de los competidores, adoptando una posición neutral, y cuidando únicamente porque la lucha económica se desenvuelva de acuerdo con unas determinadas reglas consideradas por la conciencia social como "juego limpio" o puede abandonar la posición neutral.

Ello ocurre en dos vertientes: estableciendo una reglamentación tan minuciosa que llegue a anular la propia competencia o concediendo privilegios que la destruyan desembocando en una situación de monopolio. Constituye un principio del orden público económico en el Derecho moderno la ---



idea del mantenimiento de la situación concurren--  
cial y por consiguiente la perspectiva neutral del  
ordenamiento jurídico. Este se limita a establecer  
lo que antes llamábamos las reglas del juego lim--  
pio. El mercado debe encontrarse en situación de --  
competencia y el empresario debe competir. Esta --  
competencia debe ajustarse a las referidas reglas,  
es decir, ser lícita.

¿En que consiste esta licitud de la com--  
petencia?. La licitud de la competencia se concre--  
ta, a nuestro modo de ver, en tres ideas claves: --  
la competencia debe ser, en primer lugar, libre. --  
La competencia ha de ser, en segundo lugar, leal.  
La competencia ha de ser, por último, regular, lo  
que equivale a decir, no falseada ni restringida.

#### 4.- La libertad de la competencia.

La primera de estas características de --  
que hablabamos consiste en la idea de libre compe--

tencia. ¿Que quiere decirse cuando se habla de libre competencia?. A mi juicio, el añadir a la palabra competencia la idea de libertad, es algo que solamente posee una explicación histórica. La Edad - Media produjo una conocida situación de privilegios, de monopolios legales y de reglamentación tan minuciosa del comercio y de la industria, que toda la - lucha de la revolución moderna frente al antiguo régimen fué, precisamente, una lucha por la libertad y por la igualdad.

Libre competencia, en sentido jurídico, - significa, en primer lugar, libertad para concurrir, esto es, libre decisión de la persona para tomar o - nó tomar parte en la lucha competitiva. Desde este - punto de vista, la libre competencia es igual a la - libertad de comercio y significa libertad para ser o para dejar de ser empresario mercantil o industrial, y al mismo tiempo libertad para participar en el mercado como oferente o como demandante de bienes o servicios.

La competencia es libre cuando existe libertad de constitución de empresas y cuando existe libertad para acudir al mercado. No es libre, en cambio, cuando la constitución de una empresa exige el cumplimiento de unos determinados requisitos como la obtención de una autorización administrativa, corporativa, sindical.

Libertad de competencia en sentido jurídico, significa, en segundo lugar, la igualdad jurídica de los competidores. La igualdad de los competidores no puede ser obviamente una igualdad económica (empresas con los mismos medios, la misma organización o la misma capacidad de producción), pero si igualdad de trato jurídico. El tratamiento que el ordenamiento jurídico otorga a los competidores debe ser igual, para que pueda hablarse de libre competencia.

De todo lo dicho se desprende que la libertad en el orden de la competencia viene dada por

la relación del Estado, a través del orden jurídico, con los competidores y cristaliza en los requisitos de admisibilidad del empresario al mercado - (status empresarial) y en el trato jurídico igual que este recibe. Instaurar una competencia libre - es pues, una tarea estatal.

5.- La lealtad de la competencia.

Para ser lícita la concurrencia debe, en segundo lugar, ser leal. Aparece de esta manera la disciplina de la concurrencia desleal, que, según señala ASCARELLI, (11), se desenvuelve en el continente europeo y señaladamente en Francia, desde comienzos del siglo pasado, como una consecuencia de la afirmación del principio de libertad de ejercicio de las actividades empresariales y del desenvolvimiento de la producción industrial.

A falta de una disciplina legislativa especial, la jurisprudencia tomó como base el princi

pio general de la responsabilidad extracontractual (artículo 1382 del C. Francés: 1902 de nuestro C.C.) Se presuponía para ello la ilicitud de un determinado tipo de actos concurrenciales estableciendo la -- consiguiente responsabilidad por los daños y perjuicios que de los mismos derivaran. La ilicitud del acto presupone, a su vez, un intento doloso y culposo del autor de irrogar daños, pero supone igualmente -- un desajuste entre el acto y las normas éticas imperantes en la comunidad. Más allá de estas premisas, la cristalización de la disciplina de la competencia desleal se ha ido forjando trabajosamente y la tipificación de los concretos actos ilícitos todavía hoy no pueden considerarse definitivamente establecida.

Así como la exigencia de libertad en la -- concurrencia incide sobre la competencia, considerada como fenómeno objetivo, en cambio la exigencia -- de lealtad afecta a lo que ASCARELLI (12) llamaba, según veíamos, actos de concurrencia, es decir, a -- las actividades del empresario dirigidas a la atrac

ción o captación de clientela y, por consiguiente, a la desviación de la clientela de los rivales o competidores. Se comprende enseguida, que si la clientela constituye un bien jurídico de la empresa mercantil, la competencia desleal es un medio ilícito para sustraer este bien a la empresa rival, apropiándose de él en propio beneficio. Lo característico, sin embargo, de la figura de la competencia desleal consiste en que la atracción de clientela para sí y consiguientemente la sustracción de la clientela de los demás es en sí misma una finalidad lícita, puesto que se encuentra en la médula misma del fenómeno de la competencia. Es ilícita únicamente cuando lo son los medios empleados para ello. -- ¿Cuáles son estos medios ilícitos de apropiación, captación o desviación de clientela? Como antes decíamos, la tipificación de los supuestos de ilicitud de la competencia se ha ido haciendo trabajosamente en el derecho contemporáneo. En nuestro ordenamiento jurídico positivo hay dos textos legales, que nos pueden servir de base y de pauta para comprender más exactamente en qué consiste la competen

cia desleal. El primero de ellos lo constituyen los artículos 131 y 132 de la Ley de Propiedad Industrial de 16 de mayo de 1902. El segundo es el artículo 10 del Estatuto de la Publicidad, aprobado por Ley de 11 de junio de 1964.

La Ley de 16 de mayo de 1902 no emplea la expresión "competencia desleal", sino que habla genericamente de "competencia ilícita", pero ello carece de transcendencia. La competencia ilícita la define en el artículo 131 como "toda tentativa de aprovecharse indebidamente de las ventajas de una reputación industrial o comercial adquirida por el esfuerzo de otro, que tenga su propiedad al amparo de la presente Ley". Una observación somera lleva enseguida a la convicción de que la fórmula utilizada por el artículo 131 de la Ley de 1902 es totalmente insuficiente. En primer lugar, porque contempla únicamente como hecho constitutivo de competencia ilícita el aprovechamiento indebido de la reputación industrial o comercial de otro, cuando, si bien no cabe duda de que ésta es una de las vertien

tes del fenómeno, desde luego no es la única. En -- segundo lugar es insuficiente la fórmula del artículo 131 porque de acuerdo con el texto de la Ley de 1902, para que exista lo que allí se llama "compe--tencia ilícita" es necesario que el perjudicado --- "tenga su propiedad al amparo de la presente Ley", con lo cual solamente existe competencia ilícita, - cuando los signos distintivos de la empresa o de las mercaderías (marcas, muestras, rótulos, dibujos, modelos, etc), se encuentran registrados en el Registro de la Propiedad Industrial. La propia Ley de -- 1902, sin embargo, da base para sostener que el fenómeno de la competencia ilícita en nuestro derecho positivo es mucho más amplio que el que parece deducirse de la interpretación citada.

El repertorio de casos concretos que contiene el artículo 132 nos lleva a pensar que los supuestos de competencia ilícita pueden ser clasificados bajo varios apartados:

1º.- En primer lugar es ilícita toda imitación de muestras, rótulos, embalajes, razones so--



ciales, nombres comerciales, etc., que tienda a producir confusión con los de una empresa competidora. La deslealtad de la competencia se encuentra aquí - en el hecho inicial de la imitación y en el resultado perseguido de la confusión (artículo 132, apartados A.B. y C.)

2º.- En segundo lugar se considera ilícito el hecho de propalar a sabiendas falsas aserciones contra un rival con objeto de quitarle su clientela (artículo 32, apartado d). La ilicitud consiste aquí en la falsedad de la aserción y, por consiguiente, en lo que puede considerarse como un doloso ataque o una dolosa agresión a la fama y al honor comercial del competidor.

3º.- Son constitutivos de competencia ilícita, de acuerdo con el artículo 132 de la Ley de 1902 (apartado e), todos aquellos actos que tiendan a producir descrédito, por medio de anuncios, reclamos o artículos de periódicos en la calidad de los productos de un contrincante. De una manera similar a lo que ocurría en el caso anterior, la esencia de

la ilicitud se encuentra aquí también en el ataque doloso a la fama y al honor comercial, pero a diferencia con lo que en el caso anterior ocurría, la ilicitud se produce aquí, aunque no se dé al mismo tiempo el requisito de la falsedad de la aserción.

4º.- Puede igualmente considerarse como constitutiva de competencia desleal la falsa atribución que uno se haga a sí mismo, de cualidades - que sirvan falsamente para ensalzar la propia empresa o los propios productos. La Ley de 1902 se refiere concretamente al hecho de "anunciarse de un modo general y contrario a la realidad de los hechos, como depositaria de un producto nacional o extranjero" (artículo 132, apartado f), y al empleo, sin la competente autorización de indicación o términos tales como "preparados según la fórmula de..." o "con arreglo al procedimiento de fabricación de...", a no ser que la fórmula o el procedimiento pertenezca al dominio público.

El elenco de casos de competencia ilícita

establecido en la Ley de 1902 fué ampliado por una R.O. de 28 de noviembre de 1.925, cuya vigencia fué ratificada por otra Orden de 12 de febrero de 1936. De acuerdo con estas disposiciones se considera que constituye competencia ilícita la venta al público de productos elaborados y que están individualizados por una marca registrada en España, a precio inferior al mínimo fijado por el fabricante productor, sin la autorización de éste.

El artículo 10 del Estatuto de la Publicidad, a que antes nos hemos referido, después de preceptuar que la publicidad, como servicio dirigido a los consumidores, queda sujeto a las leyes, principios y normas que regulan la competencia desleal, - añade que "se considera desleal la actividad publicitaria dirigida a provocar confusión entre bienes o servicios, la que tienda a producir el descrédito de los competidores o de los productos de los mismos y, genéricamente, la que sea contraria a las -- normas de corrección y buenos usos mercantiles". -- Esta fórmula del artículo 10 del Estatuto de la Publicidad posee sobre la vieja definición y sobre --

las viejas enumeraciones de la Ley de 1902, la ventaja de una mayor claridad y de una mayor concreción. Cumple, sin duda, su función en el texto en el que se encuentra insertada -El Estatuto de la Publicidad-, pero acaso no pueda decirse que, como definición del fenómeno de concurrencia desleal, sea perfecta y completa. Sin embargo, nos proporciona - también útiles puntos de vista para delimitar de manera nítida los perfiles de la lealtad y consiguientemente de la deslealtad en la competencia.

La concurrencia es desleal cuando el empresario mercantil o industrial utiliza para la captación o atracción de la clientela, y por consiguiente, para la desviación de la clientela de sus rivales, - unos medios expresamente prohibidos por la Ley o -- unos medios contrarios a las reglas de la sana ética comercial, de acuerdo con las convicciones imperantes en la comunidad jurídica.

Una clasificación de los actos y competencia desleal (13) puede realizarse del presente modo:

1º.- Los actos de confusión.- Puesto que en la médula misma del fenómeno de la competencia - entre empresarios y en la consiguiente lucha por el mercado, se encuentra la exigencia de diferenciación de la identidad de las empresas y de sus productos, a través de signos distintivos, la primera de las - formas de competencia desleal será, naturalmente, - aquella que trate de destruir o de desvirtuar esa - diferenciación o distinción entre empresarios y entre productos. Se pueden citar aquí todas las formas de imitación y en general todos aquellos actos que puedan producir confusión con los productos, -- los medios o en general, la actividad de otro empresario. Como agudamente señala ASCARELLI, no es menester que la confusión se produzca en realidad, si no que basta con que la confusión pueda llegar a -- producirse. Más que de confusión, por ello, debe hablarse, dice el autor citado, de "confundibilidad".

2º.- Los actos de descrédito o de denigración.- Así como los actos de imitación o de con fusión violan el interés del empresario en la diferenciación de su empresa y de los productos de la -

misma, frente a la empresa rival y a los productos - de esta, los actos de descrédito violan el interés - del empresario en el mantenimiento de su propio repu- tación o prestigio, es decir, en lo que líneas más - arriba, recogiendo la fórmula utilizada por nuestra jurisprudencia, nosotros llamamos, la fama y el ho-- nor comerciales. Todo ataque a la reputación de un - comerciante o industrial debe considerarse ilícito, lo mismo si se realiza mediante aserciones conocida- mente falsas o calumniosas, como si se realiza por - medio de afirmaciones, que aún siendo exactas, tie-- nen por finalidad el desprestigio. Los actos de deni- gración y de descrédito constituyen competencia des- leal, no sólo cuando se dirigen a "despreciar la ca- lidad de los productos", sino también cuando atacan directamente a la persona del empresario, a su orga- nización o a los demás elementos de su empresa.

3º.- Los actos de atribución de cualidades inexistentes y de creación de un falso prestigio.- La tercera forma de deslealtad en la competencia con

siste en la atribución a la propia empresa o a los productos de la misma, de cualidades o características, que tiendan a ensalzarlas falsamente y a crear para ellos un prestigio artificial. Se encuentran -- en este caso, por ejemplo, los supuestos que menciona la Ley de 1902 en los apartados f y g.: anunciarse falsamente como depositario de un producto nacional o extranjero; emplear la indicación de "preparado según la fórmula de...", etc. Pero se encuentran igualmente todas aquellas indicaciones que pueden -- servir para atraer clientela, ensalzando los propios productos, cuando estas indicaciones no se corresponden con la verdad. Están en este caso las falsas --- afirmaciones de que el producto o el procedimiento -- está patentado, la imputación de premios que no se poseen, la presencia en un producto de cualidades -- que éste no tiene o de resultados a los que no ha -- llegado.

4º.- Los actos de sustracción de secretos.-  
Independientemente de su carácter punible, constitu--

yen actos de competencia desleal los actos de sus--  
tracción y apoderamiento de secretos industriales,  
cualquiera que sea el medio utilizado para su revela-  
ción.

5º.- Los actos de anormal o abusiva obsta-  
culización de la afluencia de clientes a la empresa  
rival. Por último, deben considerarse actos de concu-  
rrencia desleal todos aquellos por virtud de los cua-  
les se trate de impedir la afluencia de clientes a -  
la empresa revelados por medios que deben considerar-  
se constitutivos de abuso del derecho.

La clasificación que hasta aquí se ha in--  
tentado no es, sin embargo, completa. Ya antes hemos  
dicho que la tipificación de supuestos se ha ido rea-  
lizando trabajosamente a lo largo de los últimos años  
y a la vista de una serie de decisiones jurispruden--  
ciales que, en nuestro país, son desgraciadamente muy  
escasas todavía. Por ello, consideramos sumamente con-  
veniente una fórmula amplia y genérica como la que --



contiene el párrafo final del artículo 10 del Estatuto de la Publicidad que considera desleal la concu--rrencia que infringe las normas de la corrección y - buenos usos mercantiles.

6. La regularidad de la competencia: Concurrencia no - falseada y no restringida.

En los apartados anteriores hemos examinado como presupuestos de la licitud de la competencia los de - libertad y lealtad. Existe todavía un nuevo requisi--to que es menester estudiar y que ha adquirido creciente importancia en la época moderna. La competencia exigía, según veíamos, en primer lugar libertad, es decir, libre posibilidad de la persona para lanzarse a la arenna competitiva y seguridad de encontrar en ella un trato jurídicamente igual al de sus rivales; para conseguirlo bastaba con que el Estado suprimiera o derogara privilegios, monopolios legales, etc. En segundo lugar, hemos visuto también, como la lucha entre los competidores debe - producirse de acuerdo con las reglas de un juego limpio.

El mantenimiento de la competencia, como mecanismo de regulación del mercado, que se considera inserto en la idea misma del orden público económico, topa todavía otro peligro. No es que los competidores luchen ilícitamente, sino que dejen de luchar. Parece así que atenta al fenómeno mismo de la competencia la situación que se crea cuando los empresarios que debían competir, dejan de hacerlo y ponen fin a la situación conflictiva por medio de acuerdos o pactos que limitan o hacen desaparecer esta competencia. Como dice GARRIGUES, este nuevo abuso de la libertad reclama una nueva intervención del Estado. - Se hace necesario entonces, puesto que el daño causado a la competencia nace de pactos o contratos -- que limitan la misma o la hacen desaparecer, que se dicten leyes especiales por medio de las cuales se impongan sanciones a esta manera de proceder.

Estas leyes especiales dominan hoy, como - sabemos, la totalidad del Derecho contemporáneo, --- tanto europeo como americano. En nuestro Derecho Po-

sitivo esta legislación especial está constituida -  
fundamentalmente por la Ley de 20 de julio de 1963  
sobre represión de las prácticas restrictivas de -  
la competencia, a la que, por su estrecha relación  
con nuestro tema, convendrá, en su momento, hacer -  
alguna detenida alusión:

II.- Cláusulas de exclusiva y régimen jurídico de la competencia en el Derecho Comparado.

Pues bien, los problemas que al Derecho moderno plantean los pactos de exclusiva desde el punto de vista de su admisibilidad y validez, surgen - sobre todo en relación con la legislación especial sobre restricciones de la libre concurrencia. Es esta última una cuestión que en la actualidad preocupa extraordinariamente a toda la doctrina europea y, - por ello, a fin de explayarla con la debida claridad será conveniente hacer una excursión, siquiera no - pueda ser todo lo extensa que sería de desear, al de derecho comparado. Ante la imposibilidad de examinar todos los ordenamientos jurídicos, parece el mejor - camino tratar de estudiar solo aquellos sistemas - con los cuales el nuestro ha guardado una más íntima conexión. Expondremos por ello el sistema del derecho francés, el del derecho alemán y el del derecho italiano. Al mismo tiempo convendrá también hacer alguna

referencia al derecho norteamericano, porque en esta materia de legislación sobre restricciones de la libre competencia es no sólo el procedimiento más autorizado, sino también el modelo en el que se han inspirado las legislaciones europeas, de tal manera que, contrariamente a lo que en los demás campos suele ocurrir, en este punto el derecho americano ha sido y es un pionero. (14).

1.- El problema en el derecho francés.

Según pone de relieve PLAISANT, (15), el problema de los contratos de exclusiva puede ser, en el derecho francés, examinado a la luz del derecho común y a la luz de una legislación especial, de índole predominantemente administrativa y penal, en materia industrial y mercantil. Desde el punto de vista del derecho común, la doctrina y la jurisprudencia francesas se han enfrentado con unos problemas muy similares a los nuestros ante la falta de reglamentación absoluta que se manifiesta tanto en el Cód.

digo Civil como en el Código de Comercio. Han llegado a admitir la validez de las cláusulas según el -- principio de la libertad de contratación y se discute la oponibilidad de los mismos a terceras personas. (16). La cuestión de las cláusulas de exclusiva, sin embargo, en la actualidad se encuentra sometida a -- las prescripciones del artículo 37-1 a, de la Ordenanza de 30 de junio de 1.945, cumplimentadas por los Decretos de 9 de agosto de 1.953 y 24 de junio de -- 1.958. Esta legislación administrativa no afronta de una manera directa el problema de las cláusulas de -- exclusiva. Fué dictada con la finalidad de mantener o de restablecer la libre concurrencia industrial y comercial y establecía sanciones de orden penal para corregir la práctica abusiva de los precios ilícitos. El artículo 37 de la Orden ya citada, considera como acto punible la rehusa de venta (refus de vente). -- (17). Bajo ciertas condiciones, como son: la existencia de disponibles; que las condiciones de venta sean conforme a los usos mercantiles; que las demandas no presenten un carácter anormal y que los demandantes

no sean de mala fe, los fabricantes mayoristas o comerciantes al por menor no pueden negarse a vender. La rehusa constituye un acto ilícito y es sancionada por los tribunales penales. (18).

Ciertamente que estas disposiciones no --prohiben las exclusivas, sino que solamente sancionan la rehusa de venta, pero no es menos cierto que las exclusivas tienen que conducir necesariamente a una rehusa de venta, en todos aquellos casos en que el concedente de la exclusiva tenga que negarse a --vender a persona distinta del concesionario. El problema que entonces se plantea consiste en saber si la existencia de la exclusiva justifica o no la rehusa de venta y si excluye o no la aplicación del --artículo 37-1 a, de la Ordenanza de 30 de julio de 1.945. La doctrina francesa e igualmente la juris--prudencia, se encuentran muy divididas y no se ha --llegado sobre este punto a unas conclusiones firmes. Dentro de la propia jurisprudencia, tampoco es lo --mismo el sentido que adoptan los tribunales de co--

mercio en sus decisiones de la línea que han seguido los tribunales penales. Esto último ha dado lugar a una jurisprudencia, casi constante, y mucho más rigurosa, mientras que los tribunales de comercio, más sensibles como dice PLAISANT, (19), a los usos mercantiles y a las necesidades del comercio que a la letra del texto legal, por lo general se han inclinado a favorecer la validez de las exclusivas de venta.

Las dificultades de la cuestión y la división de la doctrina y de la jurisprudencia, dieron lugar a que se dictaran dos circulares, a través de las cuales la Administración ha tratado de hacer alguna contribución a la solución de los problemas --- planteados, si bien sin poder influir directamente sobre las decisiones del tribunal de justicia.

Estas circulares son fundamentalmente dos: la llamada Circular Boide y la llamada Circular Fontanet.



a) La Circular Boisdé.

Según la primera de dichas circulares las exclusivas podrían justificar la rehusa de venta y por consiguiente dar lugar a que no se aplicaran - las sanciones prevenidas en la Ordenanza de 1945 - siempre que se dieran las siguientes condiciones:

1º. La exclusiva debía contribuir a mejorar el servicio prestado al consumidor.

2º. En ningún caso debía tener por resultado un alza de los precios; y,

3º. Debía celebrarse entre un productor y un tercero a quien le reserve toda su producción o entre un fabricante o mayorista y un grupo de comerciantes -compradores revendedores-, que constituyan una - red de distribución, pero en este caso la exclusiva - concedida por el primero debe tener una contrapartida en una serie de obligaciones determinadas asumidas -- por el concesionario.

La idea rectora de esta Circular parece ser en definitiva que la exclusiva es lícita

ta y admisible cuando a través de ella se establece una fórmula de comercialización de los productos. De ahí la idea de la red de distribución, y cuando correspondiera a necesidades efectivas, de ahí la idea de las necesidades recíprocas. (20).

b) La Circular Fontanet.

Por su parte, la Circular Fontanet distingue entre los contratos de distribución, que no contienen delimitación de zona y el llamado contrato de concesión, con exclusiva doble o exclusiva bilateral y delimitación de zona. Respecto de este último, que es el que mayores dificultades plantea, la circular entiende que no puede constituir una excepción justificada a la prohibición de la rehusa de venta mas -- que si se establecen por interés de los consumidores están exentos de toda idea de fraude hacia los terceros y no proceden de un intento de limitación voluntaria de la concurrencia. No hay, como se ve, una -- clara condena de las exclusivas, cuya validez queda

sometida a unas condiciones muy vagas. La regla general sin embargo, parece que es la inclusión de las - exclusivas dentro de la rehusa de venta, si bien admitiendo unos poderes discrecionales de la justicia para salvar de las sanciones a aquellas exclusivas - que económicamente parezcan justificables. (21).

c) El asunto Brandt.

Como prueba de cuanto decimos y de que el espíritu de la jurisprudencia francesa parece dominado por una idea de severidad puede ser característico del - asunto Brandt (Nicolás y Sociedad Brandt c. Sociedad Photo Radio Club; sentencia del Tribunal de apelación de Paris de 7 de febrero de 1961 y sentencia del Tribunal de casación de 11 de julio de 1962) (22). La - Sociedad Brandt, que vendía cámaras y proyectores, - había rehusado vender alegando como rehusa la existencia de una concesión en exclusiva. No se discutió que efectivamente Brandt realizaba sus ventas únicamente a través de una red de concesionarios exclusi--

vos y que la exclusiva no era por tanto un pretexto para rehusar vender de manera discriminatoria, a un comerciante particular. Sin embargo, el tribunal de instancia condenó a la Sociedad entendiendo que la exclusiva no estaba justificada y que debían ser --- aplicadas las sanciones correspondientes por la rehusa de venta.

La Sociedad recurrió alegando que el artículo 37-1 a, de la Ordenanza de 1.945 no prohibía las exclusivas y que la rehusa de venta estaba justificada, ya que el fabricante no tenía la libre disposi---ción de la mercancía, pues estaba obligado a entregarla a los concesionarios exclusivos, de tal manera que no se daba la primera de las circunstancias previstas en el artículo 37-1 a, y además que la demanda no podía considerarse como normal, ya que el comprador --- eventual no ignora que la comercialización de los productos se realiza a través de una serie de contratos de concesión en exclusiva, que liga al fabricante con su concesionario y que son además oponibles a terce--ros.

El Tribunal de casación, sin embargo, desestimó el recurso. El artículo 37-1 a, dice, no hace de las exclusivas causa que justifique la rehusa de la venta. La existencia de la exclusiva, por sí sola, no hace a la mercancía indisponible, ni convierte al adquirente eventual en un demandante de mala fe y no se funda sobre un uso mercantil que descarte la aplicación de la Ley. La exclusiva -añade el Tribunal- no está siempre prohibida, pero no puede considerarse -- permitida mas que en circunstancias muy concretas y determinadas, como son el carácter técnico de los productos, su alta calidad o su naturaleza de artículos de lujo. (23).

2.- El problema en el Derecho alemán.

Prescindiendo en este momento de realizar un estudio de los antecedentes históricos de esta materia en la legislación alemana sobre Carteles, parece conveniente tratar de examinar la cuestión que aquí nos ocupa en la vigente ley sobre limitaciones de la compe

tencia (G.W.B.) de 27 de julio de 1957.(24).

El parágrafo 18 de esta Ley permite que la Autoridad administrativa (Kartellbehörde) pueda declarar ineficaces aquellos contratos que se celebren entre empresas y que produzcan alguna de las siguientes consecuencias:

1º. Cuando como resultado de los contratos - quede limitada la libertad de una de las partes para la utilización de la mercancía suministrada o de -- otras mercancías o prestaciones industriales. Se trata de las llamadas limitaciones de utilización, en las cuales se impone a una de las partes la utilización de la mercancía recibida en una determinada forma o en el círculo de una determinada industria.

2º. Cuando se imponga a una de las partes - contratantes una limitación de reservar a terceros o de entregar a terceros otras mercancías u otras -- prestaciones industriales. Se encuentra aquí claramente aludido la figura del llamado contrato de exclusiva, puesto que especialmente se prevé que la limitación ha de consistir en entregar a terceros o re-

cibir de terceros.

3º. En tercer lugar cuando se imponga una de las partes contratantes una limitación consistente en entregar a terceros las mercancías suministradas. Es este un convenio de comprador y vendedor respecto de la utilización de las mercancías compradas, que solamente pueden ser destinadas a las necesidades del comprador.

4º. Un derecho de intervención de la autoridad administrativa en orden a la declaración de -- ineficacia del contrato, se produce, también, cuando por virtud de éste una de las partes contratantes -- queda obligada a recibir de la otra mercancía o --- prestaciones industriales que de una manera objetiva o de acuerdo con los usos de comercio no puedan considerarse como accesorios de las que son principalmente objeto del contrato.

Hay que observar, sin embargo, (25), que -- para que la intervención de la autoridad administra-

tiva pueda producirse, no basta conque en los contratos se hayan pactado obligaciones del tipo de las anteriormente descritas, sino que es menester, además, que con ellos se restrinja injustamente (unbillig) - la libertad económica de la parte contratante o de otra empresa y que por el alcance de tal limitación - se perjudique de una manera sustancial la competencia en el mercado respecto de las mercancías objeto de los contratos o de otras mercancías o prestaciones industriales. Ambos presupuestos -injusta restricción de - la libertad económica y perjuicio sustancial de la competencia en el mercado deben darse cumulativamente.

Se considera que es injusta una restricción de la libertad económica cuando a cambio de ella no - existe una contraprestación adecuada (art. 18, 2), lo mismo se entiende cuando la contraprestación establecida en el contrato desaparezca o pierda su valor económico durante la vigencia del mismo.(26).

La Oficina Federal exige los dos requisitos



mencionados, de tal manera que es su presencia o --  
su ausencia la que, en cada caso, hará lícita o --  
ilícita la cláusula de exclusiva que a nosotros --  
nos ocupa. Podemos, pues, afirmar que en sentido --  
de la G.W.B. (27), una cláusula en una relación de  
venta o suministro es ilícita en la medida en que  
la libertad económica del concedente queda restring  
gida sin que a cambio de ello el concedente reciba  
una adecuada contraprestación u otra ventaja y, --  
cuando con ello se perjudique sustancialmente la --  
competencia dentro del mercado. Esta última idea,  
tomada, como veremos enseguida, del derecho Nortea  
mericano, es a nuestro juicio la idea central de --  
la ley. La concurrencia quedará sustancialmente --  
perjudicada cuando con ello desaparezca del merca-  
do un determinado número de demandas o de ofertas,  
cuya presencia en cambio, pueda contribuir a modif  
ficar las condiciones del mismo, y, por consiguient  
te, a establecer una relación diversa, con efecto  
en la formación económica de los precios o de las

demás condiciones de la venta. No parece, en cambio, que deba entenderse que para que se produzca un perjuicio, sustancia de la competencia, sea necesario - que el mercado pase de una situación genuina de concurrencia a una situación monopolista o casi monopolista. No hace falta que en virtud de la modifica--ción que el mercado experimenta los contratantes alcancen una situación privilegiada que les permita influir a su arbitrio en los precios. Basta, como decimos, que el hecho de la exclusiva determine la desaparición de oferta o demanda que caso de haberse producido hubiera hecho varias las condiciones del mercado, aún cuando este se mantenga, desde el punto de vista de la formación de los precios, en una zona - aún ajena a la posibilidad de intervención de la voluntad de los interesados. (28).

3. El problema en el Derecho italiano.- Por ser contenido normal de los Tratados de Derecho Civil -a los que nos remitimos- no haremos más que exponer sumariamente las normas legales existentes.

El Código Civil italiano es, tal vez, uno - de los pocos ordenamientos jurídicos en el cual es

posible encontrar una regulación concreta de los pactos o cláusulas de exclusiva. Dicha regulación se encuentra en los artículos 1567 y 1568, que figuran -- dentro del capítulo que dicho Cuerpo legal dedica a la disciplina de los contratos de suministro. El artículo 1567 contempla la exclusiva en favor del suministrante y dispone que si en el contrato se ha -- pactado una cláusula de exclusiva en favor del suministrante la otra parte no pueda recibir de terceros prestaciones de la misma naturaleza y tipo, ni, salvo pacto en contrario, proceder con sus propios medios a la producción de las cosas que constituyan el objeto del contrato.

El artículo 1568 por su parte contempla el supuesto de la exclusiva en favor de quien tiene derecho al suministro y dispone que si la exclusiva se presta en favor del que tiene derecho al suministro el suministrante no puede realizar en la zona para la cual la exclusiva ha sido concedida y durante la

vigencia del contrato ni directa ni indirectamente, prestaciones de la misma naturaleza que las que son objeto contrato.

El titular del derecho al suministro -añade - el mencionado precepto legal- que asume la obligación de promover, en la zona que le ha sido asignada, la venta de la cosa de que tiene la exclusiva, responde de los daños y perjuicios en caso de incumplimiento de tal obligación y aunque haya ejecutado el contrato responde de la cantidad mínima que haya sido fijada en él.

Al regular el contrato de agencia el artículo 1743 del Código Civil italiano establece una norma dispositiva con arreglo a la cual el empresario - que nombre un agente, no puede valerse al mismo - tiempo de otros agentes en la misma zona y para el mismo ramo de actividad. El agente por su parte tampoco puede asumir el encargo de gestionar en la misma zona y en la misma rama asuntos de otras empresas que

se encuentren en competencia. La Casación italiana ha aclarado, casi sin excepciones, que el derecho de exclusiva, siendo un requisito normal del contrato de agencia no constituye, sin embargo, un elemento esencial.

Es doctrina común, además que son aplicables a la cláusula de exclusiva las normas especialmente establecidas para regular la disciplina de la concurrentia y en particular el artículo 2596, que establece el llamado "límite contractual de la concurrentia". Según este artículo el pacto que limita la concurrentia debe ser estipulado por escrito. Es válido si se circunscribe a una determinada zona y a una determinada actividad y no puede exceder de una duración de cinco años. Si la duración del pacto no se encuentra determinada en el contrato o se establece para este un periodo de vigencia superior a cinco años, el pacto es válido solamente para un quinquenio. La excepción fundamental a esta tesis la mantiene FERRI que opina que "Nada prohíbe que un contrato de suministro, comisión o agencia tenga una duración superior a cinco años y que en el mismo se inserte una cláusula de exclusiva en la que lógicamente y por razones de ser una relación de colaboración tiene que atribuirse el mismo alcance. Estas son las fundamentales normas que en el derecho italiano disciplinan el tema que ahora a nosotros nos ocupa aquí. Sin embargo, en estos últimos años,

y en relación con la aplicación al derecho interno italiano de las normas contenidas en el Tratado de Roma que instituyen la Comunidad Económica Europea ha dado lugar a una serie de proyectos de una nueva legislación sobre cláusulas restrictivas de la nueva competencia y con este motivo se ha reproducido también en Italia la misma polémica que existe en el resto de Europa en relación a si los pactos o cláusulas de exclusiva deben o no entenderse incluidos en los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma y en las normas de ejecución de dicho Cuerpo legal. Sobre este punto nos remitidos a lo que más adelante se ñalaremos, anticipando que una abundante serie de trabajos ha afrontado el tema, produciendo una bibliografía muy notable que resume MORERA (29).

- 4.- El problema en el Derecho Norteamericano.- En líneas generales puede decirse que en el Derecho Norteamericano (30) la admisibilidad y validez de las cláusulas de exclusiva se encuentran sometidas a los preceptos especiales de la legislación anti-trust, constituida, como es sabido, por la Sherman Act y -

por la Clayton Act. El paragrafo tercero de este último Cuerpo legal contiene una disposición especial para ciertos convenios de este tipo (exclusive dealing). En general se prohíbe vender o arrendar mercancías bajo la condición, acuerdo o presuposición de que el adquirente no recibirá más o se aprovechará de mercancías semejantes de un competidor. Al mismo tiempo se prohíbe también el convenio sobre el nivel del precio de venta o de arrendamiento acompañada de una condición semejante. Estos acuerdos o prácticas se encuentran -- sometidos a la legislación anti-trust y por consiguiente prohibidos, solamente cuando sus efectos puedan conducir a una sustancial lesión de la competencia o tiendan a crear un monopolio en alguna rama del comercio.

Especialmente reprobados se consideran los siguientes acuerdos o convenios:

1º. Exclusive dealing arrangements, mediante los cuales se establece la obligación de comerciar solamente con el otro contratante o de utilizar sola-

mente mercancías del otro contratante.

2º. Requirement Contracts, mediante los -  
cuales se impone a uno de los contratantes la obliga-  
ción de cubrir las necesidades que tenga de determi-  
nadas mercancía parcial o totalmente en otro contra-  
tante.

3º. Tie-in-arrangements, mediante los cua-  
les se impone a uno de los contratantes la obligación  
de comprar o de arrendar, además de las mercancías so-  
licitadas por éste otras pertenecientes al mismo ven-  
dedor o arrendador, y a las que éste último desee dar  
asi salida.

Se discute en los Estados Unidos cuando pue-  
de decirse que un contrato perjudica esencialmente la  
competencia en el sentido del artículo tercero de la  
Clayton Act. Hemos visto ya como en esta se dice que  
basta que sus efectos "puedan ser" (may be) lesivos -  
para la concurrencia. En algún caso se ha dicho, sin



embargo, que este may be, no significa prohibir la mera posibilidad de lesión de la competencia sino que se exige una cierta probabilidad de que la competencia será lesionada por el adquirente en cuestión.

En el caso de Standart Oil of California W.U.S. (1949) se declaró que tiene que examinarse si la posibilidad de un perjuicio sustancial para la competencia se produce simplemente por la prohibición de que una parte sustancial del comercio -- quedaba afectada por el acuerdo en cuestión o si -- debía ser demostrado que la actividad competitiva había disminuido o disminuiría probablemente en el futuro. (31).

El exclusive dealing se permite, sin embargo, entre un principal y su agente, porque no -- se trata de un contrato de compra o de arrendamiento que son los únicos sometidos a la ley.

Un exámen más detenido sin embargo de Derecho norteamericano sólo puede ser realizado a través de un exámen de Jurisprudencia. A continuación damos algunos casos, en los cuales la prohibición de las exclusivas entran en colisión con la llamada prestación del good will.

a) A la Compañía Coca Cola se le permitió prohibir a una empresa embotelladora que con licencia de aquella llevaba la palabra "Coca Cola" en su nombre comercial, comerciar con productos semejantes de los competidores. (32).

b) Se permitió igualmente a unas sociedades petroleras arrendar depósitos de gasolina, que llevaban su nombre y marca, imponiendo a los arrendatarios la condición de que en tales depósitos fueran suministrados exclusivamente con la bencina producida por dichas sociedades. (33).

c) Se admite que los fabricantes de automó-

viles y de otras maquinarias complejas puedan imponer a los compradores la obligación de proveerse exclusivamente con ellos de las piezas de respuesto. - (34).

d) El vendedor de una máquina puede imponer al comprador la obligación de emplear las máquinas exclusivamente con materia prima suministrada - por él, siempre y cuando pueda probarse que la máquina solo trabaja satisfactoriamente con dicha materia prima, pero no en cambio cuando ello sea sólo un pretexto para impedir o restringir la libre concurrencia. (35).



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE



5322944997

TE 1729

LOS PACTOS DE EXCLUSIVA

---

Tesis Doctoral

Continuación

PIO CABANILLAS GALLAS

## CAPITULO QUINTO

### Las cláusulas de exclusiva y el ordenamiento jurídico de la Comunidad Económica Europea

1. El Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957.- Según es sabido, el Tratado de Roma, que instituyó la "Comunidad Económica Europea", establece, entre sus principios fundamentales, la idea de que la Comunidad - tiene por objeto, según dice el artículo segundo del Tratado, promover, mediante el establecimiento de - un Mercado Común y el progresivo acercamiento de la política económica de los Estados miembros, un - desarrollo armónico de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, una expansión continua y equilibrada, una estabilidad creciente, una elevación acelerada del nivel de vida y unas relaciones - más estrechas entre los estados que la constituyen.

Con el fin de lograr los objetivos señala dos en ese artículo, el artículo siguiente, esto es, el tercero, establece una serie de directrices que la acción de la Comunidad persigue y entre ellas se consigna expresamente "el establecimiento de un régimen que garantice una competencia no falseada en el Mercado Común" (art. 3º, apartado f), del Tratado.

El desarrollo de dicho principio se encuentra contenido en los artículos 85 y siguientes del propio texto, aunque, en realidad con el tema que a nosotros ahora nos ocupa, el fundamental sea sólo el primero de ellos. El artículo 85, contiene tres apartados diferentes.

En el primero de ellos se declaran "incom patibles con el Mercado Común" y quedan prohibidos los acuerdos entre empresas, las decisiones de las asociaciones de empresas y las prácticas concertadas, que puedan afectar al comercio entre los Esta

dos miembros y que tengan como finalidad o como efecto ampliar, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del Mercado Común.

De una manera especial, esta prohibición comprende aquellos acuerdos, decisiones y prácticas que se encaminen a:

- a. Fijar directa o indirectamente los --- precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción.
- b. Limitar o controlar la producción, los mercados, el desarrollo técnico o las inversiones.
- c. Repartir los mercados o las fuentes -- de aprovisionamiento.
- d. Aplicar en las relaciones comerciales con los demás contratantes desigualdades para protecciones equivalentes, ocasionándoles con ello una desventaja en la competencia.
- e. Subordinar la firma de contratos a la aceptación por parte de otros contratantes de pres--taciones suplementarias que por su naturaleza o con

arreglo a los usos del comercio no guarden relación con el objeto de dicho contrato.

El párrafo segundo del artículo 85 establece una sanción de nulidad de pleno derecho de los acuerdos o decisiones que contravengan la prohibición establecida en el apartado primero.

El párrafo tercero del artículo 85 permite, sin embargo, que las disposiciones del apartado primero puedan ser declaradas inaplicables por la autoridad competente de la Comunidad a aquellos acuerdos y decisiones que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a promover el progreso técnico o económico, siempre que se reserve a los consumidores una parte equitativa del beneficio que con ello se obtenga y siempre que no se impongan a las empresas interesadas restricciones -- que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos y que no se dé a dichas empresas la posibilidad de suprimir la competencia para una parte sustancial de los productos en cuestión.



El régimen jurídico establecido por el artículo 85 del Tratado de Roma suscitó entre los comentaristas controversias muy vivas en relación con su aplicabilidad o inaplicabilidad respecto de los contratos con cláusula de exclusiva. (1). Por supuesto que dados los términos en que se hace la declaración de principio en el apartado primero -- del artículo en cuestión, el problema se plantea -- solamente respecto de aquellas exclusivas contenidas en contratos celebrados entre dos empresarios mercantiles --ya que se habla "acuerdo entre empresas"-- y de las exclusivas que puedan "afectar al comercio entre los Estados miembros", de lo que resulta que la prohibición sólo puede alcanzar en todo caso, a los contratos de venta o suministro con exclusiva. (2). De esta observación pueden desprenderse las siguientes conclusiones:

1º. En ningún caso quedan afectadas por el artículo 85 T.R. las exclusivas contenidas en contratos en que uno de los dos contratantes no --

sea un empresario mercantil.

2º. En ningún caso quedan afectadas por el artículo 85 T.R. las exclusivas que no se refieran al comercio de bienes o productos, es decir, - las exclusivas sobre servicios.

3º. Tampoco quedan afectados por el ar--  
tículo 85 T.R. aquellas exclusivas cuya eficacia -  
se refiere al orden puramente interno de un Estado,  
puesto que por hipótesis se exige para que caigan -  
en la órbita del referido precepto, que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros de la -  
Comunidad. (3).

Todo ello supuesto, la cuestión consiste en saber si las exclusivas de venta entre empresarios que afecten al comercio de los Estados miem--  
bros son acuerdos o ententes privados sometidos a la prohibición establecida por el artículo 85 T.R.  
(4).

La doctrina, sobre todo la doctrina alemana, entendió que el artículo 85 T.R. prohíbe todos los acuerdos entre empresas de los que resulte una limitación de la concurrencia susceptible de afectar al comercio entre los Estados miembros, -- de tal manera que en la prohibición se encuentran comprendidas no sólo las llamadas ententes horizontales, sino también las verticales (5) y entre --- ellas claramente los contratos de exclusiva. Mayores dudas suscitó, en cambio, el problema entre -- los autores italianos y franceses. (6).

2.- El Reglamento núm. 17 de 6 de febrero de 1962.-

El Reglamento 17 del Consejo de 6 de febrero de 1.962 (Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado, publicado en la Gaceta Oficial de la Comunidad Europea de 21 de febrero de 1.962 y entrado en vigor el 13 de marzo -

del mismo año), establece, (7), en su artículo ---  
cuarto, los siguientes preceptos:

1º. Los acuerdos, las decisiones y las prácticas concertadas a que se refiere el art. 85, apartado primero del Tratado, adoptados después de la entrada en vigor del presente reglamento y para los cuales las empresas interesadas pretendan valerse del artículo 85, apartado tercero, deben -- ser notificados a la Comisión. Hasta que no hayan sido notificados la declaración de inaplicabilidad a que se refiere el artículo 85, apartado tercero, no pueden ser pronunciadas.

2º. El apartado anterior, sin embargo, no se aplica y por lo tanto no existe deber de notificación respecto de los acuerdos, decisiones y prácticas que se encuentren en alguno de los casos siguientes:

A. Aquellos en que participen empresas

de un solo Estado miembro y no se refieran a la importación y exportación de productos entre los Estados miembros.

B. Aquellos en que participen únicamente dos empresas y tienen solo por efecto:

a. Limitar la libertad de formación de los precios o de las condiciones contractuales - de uno de los contratantes en la reventa de las mercancías que adquiere del otro contratante;

b. Imponer al adquirente o al usuario de un derecho relativo a la propiedad industrial, en particular de patentes, modelos de utilidad, mo-delos y dibujos industriales o marcas, limitaciones al ejercicio de tales derechos o imponer al beneficiario de licencias de fabricación o de conocimientos relativos a la utilización o aplicación de técnicas industriales, límites a la útilización de estos procedimientos o conocimientos.

C. Aquellos que tengan como único obje  
to:

a. La elaboración o la aplicación  
uniforme de normas o de tipos;

b. La búsqueda en común de mejoras  
técnicas si el resultado es excesivo a todos los -  
partícipes y puede ser utilizada por cada uno de -  
ellos.

Se ha observado que el artículo cuarto -  
del Reglamento 17, no contempla de una manera direct  
ta las exclusivas. Algunos autores, señalan sin em-  
bargo, que en el proyecto presentado por la Comi---  
sión al Consejo de Ministros, las exclusivas se ha-  
llaban expresamente mencionadas y se beneficiaban -  
del sistema de notificación facultativa. En los pri-  
meros tiempos de vigencia del Reglamento 17, el problema  
fué objeto de discusión por la doctrina y fué  
también objeto de varias comunicaciones dirigidas a  
la propia Comisión (comunicaciones de fecha 9 de no

viembre de 1.962 y 24 de diciembre del propio año, véase R.D.I. 1.963, pág. 301). (8).

3.- El Reglamento núm. 153 de 21 de Diciembre de 1.962.

En la actualidad el problema ha sido resuelto por el Reglamento 153 de la Comisión, de 21 de diciembre de 1.962, publicado en la Gaceta Oficial de la Comunidad del día 24 y puesto en vigor el siguiente día 25. (9).

Las líneas generales del Reglamento número 153 pueden ser fijadas, siguiendo a MOREIRA, (10) de la siguiente forma:

a. En primer lugar la Comisión ha aislado de la categoría general de los contratos llamados de constitución en exclusiva, aquellos en los cuales se dan las siguientes circunstancias:

1º. No participarán más de dos empresas.

2º. Una de ellas se obliga frente a la otra a suministrar determinados productos sólo a esta última con el fin de que sean revendidos en el interior de un punto determinado del Mercado Común; o bien se obliga frente a la otra a adquirir determinados productos sólo de ésta con el fin de reventa; o bien se establecen obligaciones recíprocas entre las dos, de suministro y adquisición con fines de reventa.

b. Para tales contratos la notificación a la Comisión, el Reglamento núm. 153 admite en -- forma simplificada que solamente puede hacerse si se reúnen los requisitos especiales allí estableci-- dos. Los demás contratos de exclusiva deben seguir el régimen general de notificaciones del artículo cuarto del Reglamento núm. 17. Los requisitos es-- peciales de la notificación simplificada son los -- siguientes: la persona que realiza la notificación debe encontrarse en situación de declarar:



1. Que no se han acordado concesiones exclusivas y recíprocas para la distribución - de productos concurrentes fabricados por el concedente o por el concesionario, es decir, como acla-ra PLAISANT, (11) no debe haber doble exclusiva en que una de las partes sea concesionaria en exclusiva de la otra respecto de productos concurrentes - (por ejemplo dos fabricantes de autos no deben ser cada uno en su país distribuidores exclusivos del vehículo del otro).

2. Que el haber acordado la conce-sión exclusiva no tiene como efecto restringir la posibilidad para los intermediarios o consumidores de procurarse los productos que son objeto del contrato de otro concesionario o de otro suministra--dor del Mercado Común, y para el concesionario, la de vender a personas fuera de la zona asignada por el contrato.

3. Que los contratos no impongan al

concesionario la obligación de observar un precio de venta mínimo, fijado por el precedente, lo que significa que la convención no debe tener cláusulas de precios impuestos.

4.- La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad.

Para poseer un cuadro más completo de los problemas que plantean los contratos con cláusulas de exclusiva en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Económica Europea, conviene hacer alguna referencia a la más reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de dicha Comunidad. Hay en especial, dos asuntos que han dado lugar a múltiples comentarios en la literatura jurídica de estos últimos tiempos. El primero de ellos es el que se conoce con el nombre de asunto Bosch. El segundo lo constituye la decisión del caso Grundig y Consten.

a) El asunto Bosch.- En dicho asunto -  
(asunto número 13-61, sentencia de 6 de abril de -  
1.962) el tema planteado era el siguiente, (12): -  
La Sociedad R. Bosch G.M.B.H. establecida en Stu--  
ttgart (Alemania), donde se dedica entre otras co-  
sas, a la fabricación de neveras, . había conce-  
dido a la Sociedad holandesa Van-Rijn el derecho -  
exclusivo de venta de todos sus productos en los -  
Países Bajos. Para proteger este derecho exclusivo  
de venta de Van-Rijn y de otros compradores con --  
los cuales se encontraba ligada por contratos aná-  
logos, la Sociedad Bosch insertaba en todos los --  
contratos que celebraba con los compradores alema-  
nes una cláusulas del siguiente tenor literario: -  
"Los productos Bosch no pueden ser exportados al -  
extranjero, directa ni indirectamente, si no exis-  
te una autorización escrita de nuestra parte". La  
firma De Geus importó de Alemania a los Países Ba-  
jos, en el curso de los años 59-60 un determinado

número de aparatos frigoríficos que le habían sido suministrados por firmas alemanas que habían celebrado con Bosch contrato de compraventa con la cláusula antes reseñada. La Sociedad Bosch y la Sociedad Van Rijn, iniciaron ante los tribunales de Rotterdam un pleito contra De Geus solicitando que se declarasen ilegales las actuaciones de esta última firma, que fuese condenada a poner fin a ellas inmediatamente y a pagar como reparación una indemnización de daños y perjuicios.

La firma De Geus se defendió sosteniendo que la convención alegada entre Bosch y Van Rijn eran incompatibles con el Tratado de Roma y por consiguiente nula en los términos del artículo 85 del mismo como acuerdo que restringía el libre juego de la concurrencia. El Tribunal de Rotterdam rechazó esta petición y estimó bien fundada la demanda.

Recurrió en apelación De Geus y el Tribunal de apelación de La Haya decidió, en aplicación

del artículo 177 del Tratado, pedir al Tribunal de Justicia de la Comunidad que se pronunciara sobre la cuestión de saber si la prohibición de exportar impuesta por Bosch a sus clientes y aceptada contractualmente por éstos es o no nula en virtud del artículo 85 del Tratado de C.E.E. en lo que concierne a las exportaciones de los Países Bajos.

En estos términos se pronunció la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad del 6 de abril de 1.962. El problema principal de esta sentencia es probablemente un problema de orden procesal, puesto que los demandantes había interpuesto un recurso de casación sobre la sentencia del Tribunal de apelación de La Haya y se entendía que el Tribunal de Justicia de la Comunidad era aún incompetente para decidir. Se había presentado también como objeción la de que el Tribunal no podía interpretar -- el artículo 85 del Tratado en tanto que no hubieran sido dictados los Reglamentos para su aplicación previstos en el artículo 87.

Sin embargo, salvando estas dificultades de orden procesal el Tribunal tiene ocasión en esta sentencia de pronunciarse sobre el alcance del artículo 85 en relación con los convenios que protegen una concesión en exclusiva de venta. El Tribunal entendía que los acuerdos y decisiones, sobre todo aquellos que existían en anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento, no pueden considerarse como nulos automáticamente sino que hay que establecer respecto de ellos algunas importantes decisiones: aquellos que puedan ser considerados como válidos en los términos del artículo 5º, párrafo 2º del Reglamento y aquellos que puedan ser considerados como válidos provisionalmente si son notificados a la Comisión en los términos del artículo 5º, párrafo 1º del Reglamento.

Por lo que se refiere al problema que a nosotros nos ha ocupado, es decir, si los contratos de exclusiva caen o no bajo la prohibición del artículo 85, el pronunciamiento del Tribunal, aunque sólo -

de un modo lateral, es afirmativo. No puede decirse que las prohibiciones de exportar en cuestión - estén excluidas del artículo 85; responden sin duda a los términos del mismo "acuerdos que son susceptibles de afectar al comercio entre los Estados miembros" y no puede afirmarse, pues nada parece indicarlo, que estas prohibiciones de exportación puedan beneficiarse de las dispensas de notificación previstas por el Reglamento.

b). El asunto Grundig-Consten (13),

El segundo de los asuntos a que hemos hecho referencia es el llamado caso de Grundig- Consten. La Sociedad Grundig, de Furth (Baviera), se dedica a la fabricación de aparatos radio-electricos que vende en Alemania a mayoristas o almacenistas. En los contratos que Grundig celebra con estos mayoristas les queda prohibido a estos últimos, toda venta o exportación de los aparatos Grundig en el extranjero. En el extranjero Grundig había concedido la exclusiva de sus ventas a diversas empresas, entre las cuales figuraba Consten en Francia. Con objeto de proteger a sus concesionarios exclusivos en el -

extranjero Grundig había obtenido el registro de la marca Gint. En el momento en que el Gobierno francés liberalizó las exportaciones, varias empresas francesas, entre ellas Unef comenzaron a comprar el material Grundig directamente a los comerciantes alemanes normalmente a los mayoristas, no obstante estar éstos ligados por la interdicción de exportar que Grundig les había impuesto.

Estos "importadores paralelos", a su vez cedieron el material a los revendedores franceses a unos precios más favorables que los establecidos por Consten.

A la vista de estos hechos, Consten inició ante los Tribunales franceses una acción contra la Sociedad Unef dirigida a oponer la existencia del contrato de la distribución en exclusiva con Grundig, que obliga a los terceros a respetarlo y convierte en actos de concurrencia desleal las llamadas importaciones paralelas. Consten inició además, contra Unef, una acción de usurpación de la marca Gint.

Por su parte Unef alegó en su defensa la contradicción del contrato de exclusiva con el artículo 85



del Tratado de Roma y como consecuencia de ello soli  
citó de la Comisión la anulación de dicho contrato.  
El Tribunal de Comercio de París en una sentencia de  
21 de mayo de 1962 desestimó tal pretensión negando  
que aquel contrato no puede tener como efecto falsear  
el juego de la competencia en el seno del Mercado -  
Común y que se trataba de una entente no afectada por  
la nulidad prevista en el artículo 85 del Tratado. -  
Sin embargo, el Tribunal de París en sentencia de 26  
de enero de 1963 decidió sobreseer el asunto hasta -  
que recayera la decisión de la Comisión a la demanda  
de Unef. La decisión de la Comisión (14) fué dicta  
da con fecha 23 de septiembre de 1964 y acuerda pro-  
hibir las ententes sobre la base del artículo 85 del  
Tratado y del Reglamento número 17 del Consejo de la  
C.E.E. (15).

## CAPITULO SEXTO

### Las cláusulas de exclusiva y el Derecho español de la competencia.

#### 1. Introducción en el tema e interés actual del mismo.

En las páginas anteriores hemos comprobado cómo el obstáculo más grave que se opone a la validez de -- las cláusulas de exclusiva en el Derecho positivo, lo constituye la disciplina normativa que prohíbe -- los convenios o pactos limitativos de la libre concurrencia en el orden económico. Hemos examinado esta cuestión a la luz de los más importantes ordenamientos jurídicos contemporáneos, como son el Derecho francés, el alemán, el italiano y el norteamericano y hemos realizado igualmente una breve excursión a través del ordenamiento jurídico de la C.E.E., donde esta cuestión se encuentra en la actualidad planteada con toda su agudeza.

Los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma, que instituyó la Comunidad Económica Europea, y el Reglamento de Ejecución del Tratado, han dado ocasión a

que aparezca una amplia bibliografía sobre el tema, y, al mismo tiempo, a que se hayan dictado algunas resoluciones judiciales, en las cuales, la cuestión que a nosotros nos ocupa se pone sobre el tapete.

Sin embargo, nuestro tema no quedaría completo, si no se examinara al mismo tiempo el problema desde el punto de vista de nuestro ordenamiento jurídico - vigente. Es menester, pues, tratar de averiguar cuales son las condiciones de validez de los pactos de exclusiva en el Derecho positivo español actual.

El interés del tema, que ya por sí solo se destaca, se acrecienta más aún si se tiene en cuenta - la modernidad de la ley de 20 de julio de 1963, sobre represión de las prácticas restrictivas de la competencia, y el hecho de que este recientísimo texto legal, de una presuntiva importancia en el orden jurídico y en el económico, haya sido hasta el momento objeto de muy escasa atención por parte de la doctrina científica. Por ello, convendrá que, como premisa previa al estudio de la relación que guardan - los pactos o cláusulas de exclusiva con la disciplina normativa de la competencia, realicemos un estudio siquiera sea breve, de la citada ley española sobre

represión de las prácticas restrictivas, indagando -  
cuales son los principios que informan dicha ley y -  
cuales son las prácticas prohibidas por ella.

Parece claro que los pactos o cláusulas de exclusiva no encuentran ningún obstáculo a su validez en el Derecho común, civil y mercantil, constituido por los Códigos Civil y de Comercio.

La ausencia total de tratamiento legislativo de termina, naturalmente, que no exista ninguna expresa prohibición legal. Se ampara, por consiguiente la validez de los pactos, en principio, en la fórmula general del artículo 1255 del C.C.: las partes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a la ley, a la moral y al orden público. Hemos dicho ya, que no existe un límite legal. Tampoco parece producirse mediante las cláusulas de exclusiva ninguna contravención de la moral. Cabría cuestionar, en cambio, si existe algún choque entre la figura que a nosotros nos ocupa y la idea del orden público económico; no obstante, como quiera que esta idea - del orden público económico (1) ha encontrado su --

---

(1)V. Observaciones de TAMAMES, sobre el "orden público económico".

cristalización en el ya citado texto de 20 de julio de 1963, preferible será analizar el tema, desde el punto de vista de la mencionada Ley.

La Ley es un precepto dedicado a establecer una disciplina sobre las prácticas restrictivas de la competencia. La exégesis, aunque sea somera y muy apresurada, como la que nosotros vamos a intentar, debe tratar al menos de averiguar el sentido que en nuestro Derecho tienen las normas que prohíben las prácticas restrictivas de la concurrencia.

2. La Ley española sobre represión de las prácticas restrictivas de la competencia. Los principios inspiradores de la Ley. La importancia de la Ley de 20 de julio de 1963 no es necesario destacarla en este lugar (1).

El Ministro de Comercio en su Discurso de defensa del Proyecto ante las Cortes Españolas, destacó sobradamente la trascendencia de la Ley, llegando incluso a declarar que era lo más importante de su gestión ministerial. Las ra-

zones de esta importancia las encontraba, en primer lugar, en el porvenir económico de nuestro país, determinante en gran parte, de la virtualidad de la ley. En segundo lugar en la apertura hacia el exterior de nuestro país y en la liberación de nuestro comercio, no solo en lo que se refiere a la importación de bienes y de servicios, sino también en lo que concierne a la inversión de capital extranjero. Por último, en la riqueza legislativa del Derecho Comparado, que en los últimos años había ido produciendo una gran cantidad de textos legales sobre la materia. Aunque no se dijera expresamente, parece que había sido también razón decisiva de la redacción de la ley la armonización de nuestra legislación interna con las normas del Tratado de Roma que instituyó la C.E.E.. Según es sabido, el Tratado de Roma estableció como uno de los medios para conseguir las finalidades que en él se preveían -en particular el armónico desarrollo de las actividades económicas, la estabilidad y la acelerada elevación del nivel de vida-, "el establecimiento de un régimen que garantice una competencia no falseada en el Mercado Común".

Es evidente que la influencia que los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma han tenido en la Ley Es-

pecial de 20 de julio de 1963. Es cierto, y más adelante lo veremos con mayor detenimiento, que la Ley española no se ha limitado a ser un mero calco de los artículos del Tratado, pero es evidente que el Tratado ha sido el motor de la Ley.

Antes de entrar en un exámen pormenorizado de la misma, convendrá hacer una muy somera exposición de cuales son los principios que inspiran el referido texto legal. Disponemos para ello de elementos muy valiosos, como son el discurso del Procurador ABELLA y el del Ministro ULLASTRES en las Cortes, la cuidada exposición de motivos que precede al texto legal, el libro ya citado del profesor GARRIGUES y los comentarios a la Ley que fueron redactados por los Seminarios de Investigaciones Económicas de la Sociedad de Estudios y Publicaciones.

La primera idea que parece extraordinariamente importante y que palpita a todo lo largo de la Ley, mostrándose abiertamente en su preámbulo, es la idea del "orden público económico". La idea de orden público había sido utilizada de antiguo por el Derecho Civil y por el Derecho Internacional, con el fin, sobre todo, de designar una serie o un conjunto de princi-

pios jurídicos generales, en los cuales se expresen las ideas básicas de una comunidad acerca del modo - de su estructuración y organización. Se consideraban tradicionalmente dentro del orden público las normas referentes, sobre todo, al derecho de la persona y de la familia (respeto a la libertad de, la persona, unidad e indisolubilidad de la familia, etc). Dentro - del llamado Derecho patrimonial se han considerado - también como pertenecientes al orden público las normas que imponen el reconocimiento de la propiedad - privada y la libertad de contratación. Quizá por primera vez, sin embargo, se produce una ampliación de esta idea de orden público que se concreta en el "orden público económico". El "orden público económico" es, pues, un conjunto de principios inspiradores del desarrollo de la economía del país y del comercio jurídico. Se alinean la noción de "orden público económico", las normas que protegen la seguridad del trá-fico, la buena fé en la contratación, etc. Con la - Ley de 20 de julio de 1963, hay una nueva idea que - de un modo decisivo penetra y se inserta en el "orden público económico". Cabía dudar, en el Derecho ante-rior, si ello era ya así, Después de la Ley de 20 de



julio de 1963, toda duda ha quedado disipada.

Ello significa que la idea de que la economía nacional debe desenvolverse de acuerdo con los postulados de un sistema económico en régimen de competencia, constituye un principio general del Derecho español. La anterior afirmación lleva derechamente a entender que esta economía en régimen de competencia debe ser configurada bajo los postulados de una competencia libre, leal, y no falseada ni restringida por prácticas que la limiten. Lleva, al mismo tiempo, a interpretar todo el ordenamiento jurídico en armonía con el mencionado principio general y, al mismo tiempo, a considerar como excepcionales y, por consiguiente, sometidos a una interpretación rígidamente restrictiva, todos aquellos casos en que la legislación permita una desviación del principio general (monopolios, prácticas restrictivas de la competencia autorizadas, etc).

La segunda de las ideas cardinales de la Ley, - que para nuestro tema posee una evidente trascendencia, la constituye lo que el preámbulo denomina "oportunidad actual de la tipificación penal de las -

prácticas restrictivas". Con ello se quiere decir, ante todo, que el legislador no ha considerado oportuno, ni conveniente estatuir un régimen penal para sancionar los hechos o actos que la Ley trata de reprimir. Las sanciones que la ley establece son de otro tipo: en primer lugar una sanción de nulidad de los actos y negocios jurídicos (artículo 1º, 2), y en segundo lugar una serie de sanciones administrativas - de contenido económico o multas (artículo 25). Pero se quiere decir también, al hablarse de "inoportunidad actual de la tipificación", que el legislador, - en este primer momento en que carece de precedentes - y de experiencia cristalizada en resoluciones jurisprudenciales, ha considerado preferible, establecer, en lugar en supuestos típicos, fórmulas amplias. De esta manera, los hechos definidos por el artículo 3º de la Ley carecen del carácter de "numerus clausus" y las fórmulas de los artículos 1º y 2º están abiertas a una interpretación que sea, al mismo tiempo, - amplia y extensiva. Las palabras del preámbulo son, desde este punto de vista, enormemente significativas: "la idea del orden público -dice- no viene a ser otra cosa, sino la cláusula de reserva por donde aquellos actos contrarios al interés de la comunidad, y que son

de imposible especificación penal, vienen a ser recogidos. Además: "la radiación de la prohibición en la idea de Orden Público económico, brinda la posibilidad, dentro de la técnica jurídica, de escapar a la imposible precisión de una tipicidad penal".

3. Las prácticas prohibidas en la Ley española. Los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma declaraban según vimos en su momento, incompatibles con el mercado común y prohibidos, como actos ilícitos limitativos de la competencia, tres tipos diversos de fenómenos jurídicos. En primer lugar, sanciona el Tratado los negocios jurídicos entre empresarios, que tengan por finalidad restringir la concurrencia entre ellos. Se encuentra bajo esta idea la que el artículo 85 denomina acuerdos entre empresas, decisiones de las asociaciones de empresas y prácticas concertadas. En todos estos casos, existe un auténtico negocio jurídico bajo la forma de un contrato, de un convenio, de un concierto o de un acuerdo. Es indiferente que dichos negocios jurídicos consten por escrito o sean simplemente verbales. Del mismo modo es también indiferente el grado de obligatoriedad que las partes hayan pretendido darle. En segundo lugar, sitúa el Tra

tado lo que puede llamarse "conductas conscientemente paralelas", es decir, situaciones en las cuales - el acuerdo expreso, escrito o verbal, no existe, pero se produce, por lo menos, un acuerdo tácito, cristalizado en hechos concluyentes. En tercer lugar se refiere el Tratado a lo que en él se denomina el abuso de posición dominante en el mercado.

La ley española ha reducido estos supuestos a - dos: menciona, por una parte las "prácticas" surgidas de convenios, decisiones o conductas conscientemente paralelas", (artículo 1º) y por otro las prácticas - abusivas de explotación de una posesión de dominio (artículo 2º). Utilizando una terminología que tiene, pues, apoyo en la ley pueden distinguirse dos tipos de prácticas prohibidas: las prácticas concertadas y las prácticas abusivas.

4. Las prácticas restrictivas concertadas.- Se refiere a ellas el artículo 1º de la ley, que en su párrafo primero determina que quedan prohibidas las prácticas surgidas de convenios, decisiones o conductas conscientemente paralelas que tengan por objeto o produzcan el efecto de impedir, falsear o limitar la com-

petencia en todo o parte del mercado nacional. El párrafo segundo del artículo citado, establece que son nulos, como contrarios a la ley y al orden público, los convenios entre empresas, así como los acuerdos y decisiones de todo género de uniones, asociaciones o agrupaciones de aquellas, que originen prácticas - de las prohibidas en el artículo anterior.

Para delimitar el concepto y los principios legales que rigen la figura de la práctica concertada, es menester tomar en consideración dos aspectos distintos. Por una parte, la finalidad o el resultado - pretendido o producido por ella. En segundo lugar, - el medio utilizado para conseguir aquella finalidad o aquel resultado. La práctica concertada viene definida, probablemente, más por el fin o resultado perseguido que por el medio utilizado. De acuerdo con - el artículo 1º de la Ley lo prohibido son "prácticas" que tienen por objeto o que producen el efecto de impedir, falsear o limitar la competencia. Merece la - pena observar que lo prohibido, según el tenor literal de la ley, son las "prácticas", con lo cual parece que se quiere aludir no tanto a un acto, como a - una serie de actos o de actividades o más concretamente

te a un comportamiento reiterado y permanente, que determina la aparición de una situación económica estable. La finalidad o el efecto de estas prácticas ha de ser impedir, falsear o limitar la competencia. Estas tres variantes -impedir, falsear o limitar la competencia- no parece que deban entenderse en todo caso como sinónimas. Más bien cabría apuntar la idea de que las finalidades perseguidas pueden caminar - por dos rumbos distintos.

a). Prácticas colusorias y prácticas impeditivas de la competencia.

En primer lugar cabe la práctica dirigida a producir el falseamiento de la competencia. En este caso cabe hablar, en sentido estricto, de una "práctica colusoria". La actividad de los empresarios concertados se dirige entonces a crear una apariencia de situación competitiva allí donde en realidad la competencia no existe. La práctica es colusoria precisamente porque busca la obtención de un resultado de engaño: externamente los empresarios aparecen como competidores, cuando en realidad se encuentran de acuerdo. Pero además de las prácticas colusorias, el

concepto de práctica concertada comprende también -- aquella situación, en la cual un acuerdo o un convenio entre dos o más empresarios tiene por finalidad o produce el efecto de impedir u obstaculizar la competencia que un tercero puede realizar. En este caso, como se desprende de la descripción apuntada, la práctica no es estrictamente colusoria, puesto que no va directamente enderezada a crear el engaño o la apa--riencia, sino que se dirige contra un tercero, competidor real o posible, impidiendo que este intervenga en la situación competitiva. Frente a las prácticas colusorias, este tipo de prácticas podría ser defininido como prácticas impeditivas u obstativas. Todavía en esta línea cabría encontrar supuestos diferentes, según que lo que se trate sea impedir que el tercero intervenga en la situación competitiva o lograr ex--pulsarle o hacerle salir de ella. A ambas posibilidades parece aludir la ley cuando distingue entre - el efecto de impedir y el efecto de limitar la competencia.

Para que la práctica concertada exista no basta con que la finalidad haya sido pretendida o el resultado obtenido. Es menester, además, que para ello haya sido utilizado alguno de los medios marcados por

la propia Ley. Estos medios son, a su vez, de tres tipos. En primer lugar se refiere la ley a los convenios entre empresas o empresarios; en segundo lugar a los acuerdos y decisiones de todo género de uniones, asociaciones o agrupaciones de aquéllos; en tercer lugar, a las "conductas conscientes paralelas".

b). Prácticas convenidas: convenios entre empresarios.-

En primer lugar, decimos, la ley se refiere a los convenios entre empresas o empresarios. Por su naturaleza el convenio es un negocio jurídico bilateral o plurilateral, por virtud del cual las partes tratan de crear entre ellos determinadas obligaciones. No importa, desde el punto de vista de la Ley, que se trate de un convenio fijado por escrito o de un simple convenio verbal. Igualmente es indiferente el hecho de que las partes hayan prestado una firme y solemne vinculación a lo convenido o que se trate de un puro acuerdo entre caballeros, sin directa obligatoriedad.

Piénsese, en todo caso, que los convenios del tipo del que aquí nos ocupan, engendran siempre la obligación.



gación de hacer y de no hacer, que son muy difíciles de exigir o de ejecutar en forma específica y que, - por consiguiente, su normal solución en caso de incumplimiento, consiste en indemnizar los daños y perjuicios, bien por la vía de una cláusula penal expresamente estatuida o bien mediante una genérica determinación de los daños producidos.

c). Los acuerdos y las decisiones de uniones de empresas.-

El segundo de los medios que conduce a una práctica concertada son los acuerdos y decisiones de las uniones, asociaciones o agrupaciones de empresas. - Sorprende ante todo el hecho de que lo que la Ley - prohíbe y declara nulo no es tanto la unión, la asociación o la agrupación de empresarios (consorcio, - cártel, etc), como los acuerdos y las decisiones tomadas por el ente colectivo o por las colectividades. Sin embargo, convendrá tener en cuenta que el acto - jurídico de creación de la unión, asociación o agrupación habrá de ser siempre convenio entre los empresarios agrupados, de tal manera que, en la medida en que este convenio tenga por finalidad impedir, fal-

sear o limitar la competencia, el convenio creador de la unión habrá de considerarse nulo y prohibido por aplicación de la regla general antes mencionada. El supuesto que ahora nos ocupa, se produce entonces, siempre que una unión, asociación o agrupación de empresarios, que sea lícita por su origen y por el objeto o finalidad perseguidos al constituirla, adopte un acuerdo o tome una decisión, que limite o falsee la competencia. En estos casos, con buen sentido, la Ley no determina la nulidad del acto constitutivo de la unión, la cual puede seguir cumpliendo en otro terreno una finalidad lícita, sino únicamente la nulidad del acuerdo o de la decisión.

La distinción entre "acuerdos" y "decisiones" no parece que posea gran trascendencia. Se entiende por acuerdo el negocio jurídico bilateral o plurilateral formado por las declaraciones de voluntad de todos los asociados o agrupados. Debe entenderse, - en cambio, por decisión, la declaración de voluntad -normalmente unilateral o colegiada- de los órdenes directivos de la asociación o agrupación, que posea efecto vinculante para todos los miembros de la misma.

d). Las conductas conscientemente paralelas.

El tercero de los medios que la Ley de 20 de julio de 1963 prohíbe, son las conductas conscientemente paralelas. Es esta figura mucho más difícil de aprehender que las anteriores. De hecho se trata, a nuestro juicio, de cerrar una vía a la defensa posible de los empresarios interesados. El convenio el acuerdo o la decisión será siempre un hecho de prueba muy difícil, sobre todo si se tiene en cuenta que la iniciativa de la acusación o de la denuncia y, por consiguiente, la carga de la prueba ha de pesar normalmente sobre una tercera persona ajena al propio convenio, acuerdo o decisión. En estos términos la defensa de los empresarios acusados sería muy fácil si se permitiera la alegación de falta de prueba de la existencia del convenio o del acuerdo: si este se ha plasmado por escrito, porque al acusador le será muy difícil poseer un ejemplar del mismo; si el convenio ha sido simplemente verbal, porque carecerá de toda posibilidad de demostrar su existencia. Por ello, cuando la ley habla de conductas conscientemente paralelas, lo que está diciendo en rigor es que para incidir en la prohibición basta

que se produzca un hecho objetivo: el paralelismo de las conductas empresariales. Este planteamiento nos lleva, a su vez, a lo que probablemente constituye la raíz del problema que en este punto plantea el artículo 1º de la ley. A saber: si las "conductas conscientemente paralelas" de que el precepto habla, son tenidas en cuenta como un signo exterior que determina una presunción -naturalmente una presunción absoluta, que no admita prueba en contrario- de la existencia del convenio o del acuerdo, o si -por el contrario cabe incidir en ilicitud aún en aquellos casos en que ningún acuerdo o ningún convenio haya existido. La solución la proporciona, a nuestro juicio, la utilización en el texto legal de la expresión "consciente". Se quiere decir con ello que para que la ilicitud aparezca, es menester que los empresarios conozcan el paralelismo de las conductas adoptadas. Naturalmente que la prueba de esta "consciencia" habrá de ser indiciaria y también quedar siempre al arbitrio del Tribunal. Pero es claro que lo que se sanciona son hechos concluyentes - (facta concludentia), determinantes de la existencia de un convenio o de un acuerdo de carácter tácito.

e). Limitación de la competencia y amplitud de la práctica.

Convendrá observar también que la Ley habla de convenios entre empresas de acuerdos de uniones de empresas y de conductas paralelas, sin hacer en este punto distinción alguna. Cabe por ello aplicarse el viejo aforismo, según el cual donde la Ley no distingue tampoco el intérprete debe distinguir. Se quiere decir con ello que el número de empresarios concertado es muy diferente a los efectos de aplicación del precepto. No es necesario que los empresarios concertados sean numerosos. Un convenio entre dos empresarios es suficiente para la aplicación de la Ley. Tampoco es necesario a nuestro juicio, que los empresarios concertados ocupen en el mercado una situación privilegiada que les permita influir en él. Debe entenderse, por el contrario, que el supuesto legal se crea desde el momento en que se crea la posibilidad de que del mercado desaparezca un número cualquiera de ofertas o de demandas. No es necesario que esta desaparición pueda contribuir a modificar las condiciones del mercado, ni por consiguiente los precios o las demás condiciones de venta. Algún autor

ha entendido que para que se dé el supuesto del artículo 1º de la Ley es necesario que la práctica concertada lesione la economía nacional o los intereses de los consumidores. Sin embargo, a nuestro juicio, con ello se inserta, en el supuesto examinado, un requisito que el texto legal no menciona. Piénsese, - además, que la Ley no exige siquiera que la competencia quede falseada o limitada, sino que el acuerdo o el convenio busque esta finalidad. Por consiguiente, en la ilicitud se incide aunque el propósito perseguido no sea logrado.

f). Acuerdos horizontales y acuerdos verticales.

Por otra parte conviene aclarar también que el texto que comentamos no impone que el convenio se establezca entre empresarios que sean directamente competidores.

Cabe aplicar aquí la distinción, que la doctrina moderna hace entre acuerdos horizontales y acuerdos verticales. Lo que antes hemos llamado práctica colusoria constituirá normalmente un acuerdo horizontal, puesto que habrán de ser los mismos empresarios que deberían ser competidores, quienes simulen falsamente

la existencia de competencia entre ellos. Las prácticas impeditivas y obstativas pueden, en cambio, estar generadas tanto por acuerdos horizontales como por - acuerdos verticales. El efecto de impedir la intervención en la situación competitiva o de expulsar o hacer salir de ella a un tercero, puede conseguirse - por medio de un convenio entre los empresarios directamente competidores de este tercero perjudicado caso de un acuerdo horizontal (v.gr. pacto de boicot), o también mediante un acuerdo entre uno de los competidores y cualesquiera otras personas que se encuentren en una fase diversa del ciclo económico (distribuidores, comerciantes, etc.).

5. Los supuestos especiales de aplicación de la prohibición.- El artículo 3º de la Ley de 20 de julio de 1963, contiene una enumeración de supuestos especiales de aplicación de la prohibición del artículo 1º. Ya en las páginas anteriores hemos visto que la enumeración de supuestos del artículo 3º no tiene un valor de numerus clausus sino que, por el contrario, - debe considerarse como un repertorio enunciativo. - Quiere ello decir, que podrá incidirse en la prohibición del artículo 1º aunque los hechos no encajen en

ninguno de los apartados del artículo tercero. Es - decir: la ilicitud puede ser típica en el sentido - del artículo 1º aunque deba considerarse atípica en el sentido del artículo 3º. Ello no obstante conven- drá hacer un análisis, aunque sea naturalmente muy breve, sobre los casos especiales mencionados en el referido artículo 3º. Este análisis se justifica, - si se tiene en cuenta que estos casos serán normalmen- te los más frecuentes. Se justifica, igualmente, pa- ra poder arrojar una luz decisiva sobre la cuestión que a nosotros nos preocupa en estos momentos, que es naturalmente, determinar si los pactos de exclusi- va se encuentran o no comprendidos en la referida - prohibición.

Los supuestos del artículo 3º de la Ley de 20 - de julio de 1963 son los siguientes:

a). Los acuerdos sobre los precios.

El artículo 3º declara prohibidas las prácticas concertadas que consistan en fijar directa o indirec- tamente los precios de compra o de venta. Se refiere, pues, la Ley, en primer lugar, a todos los acuerdos sobre los precios, es decir, tanto a los que se re--



fieran al precio de compra, como a los que tengan - por objeto los precios de venta. Igualmente merece la pena destacarse que el precepto considera indiferente que la finalidad de fijación de precios se - consiga directa o indirectamente.

Por consiguiente, hay que considerar incluidos en la prohibición los convenios celebrados por dos o más empresarios dedicados a un mismo género de comercio o de industria, por virtud de los cuales los empresarios concertados se comprometan a comprar determinadas materias primas o a comprar las mercancías con que trafiquen a un mismo precio o se comprometan a vender sus productos a un precio idéntico. El requisito de la identidad del precio no es sin embargo absolutamente necesario para que la ilicitud se produzca. Aunque del convenio resultaran precios distintos para productos idénticos o similares, la prohibición se habría infringido. Basta que los precios practicados sean convenidos. Podría ocurrir que se fijaran precios diferentes en atención a las también diferentes características de los productos, de los - mercados o de la producción. La prohibición, como - decimos, quedaría vulnerada aún en este caso porque -

el juego económico de, la competencia, que consiste, según se constataba más arriba, en una automática fijación de los precios y en una independiente adopción de las decisiones empresariales, se habría des conocido.

Más dudoso, en cambio, es que vulnere la prohibición una fijación de precios establecida en un acuerdo vertical. Si el fabricante conviene con el distribuidor o con el comerciante en que sus productos deberán ser vendidos a un precio determinado, ¿se incide en el apartado a) del artículo 3º de la Ley?. De hecho, en el supuesto en que ahora pensamos -precios fijos; venta a precio impuesto- nos encontramos ante un género de actividad sumamente frecuente y que puede estar motivado por razones de muy diverso orden (el prestigio de los propios productos, las condiciones de organización de, la propia empresa, etc.). A nuestro juicio la cuestión no puede recibir una única solución. Para enjuiciarla habrá que decidir si la imposición, del precio de venta busca o no el impedir o limitar la competencia. De hecho el precio impuesto puede buscar finalidades lícitas como ocurrirá por ejemplo en aquellos casos en que el fabricante pretenda que el distribui

dor no eleve el precio de escandallo. En cambio será posible también que el precio impuesto busque un falseamiento o una limitación de la concurrencia. Esto ocurrirá cuando pudiendose vender los productos a un precio inferior sea imperativamente mantenido un precio más alto con el fin de practicar precios comunes con otro fabricante a quien no se quiera perjudicar en sus ventas. Ocurrirá también en aquellos casos en que se trate de establecer un precio ficticio -por -ejemplo artificialmente bajo- con el fin de hacer -desaparecer del mercado a un competidor.

b). Los acuerdos sobre condiciones de contratación.

El artículo 3º se refiere en segundo lugar a los acuerdos o convenios que consisten en fijar directa -o indirectamente condiciones de transacción. El enun-  
ciado de este supuesto es extraordinariamente amplio y cabe dentro de él un número muy elevado de hipóte-  
sis, como pueden ser, por ejemplo, las condiciones -  
sobre la cantidad de productos comprados o vendidos,  
las condiciones sobre pago del precio, sobre descuen-  
tos, sobre transporte y entrega de las mercancías,  
etc., etc.

, Como decimos en el apartado anterior, para que la prohibición quede vulnerada no es preciso que estas condiciones de contratación sean idénticas para todos los empresarios concertados. Basta que sean - convenidas y que su objeto sea impedir, limitar o - falsear la competencia, porque de hecho, la competencia, como atracción de clientela en favor de un determinado producto o servicio puede lograrse no solo ofreciendo ventajas en las precios, sino también - ofreciendo ventajas de otro tipo (facilidades de pago, etc.).

c). Los acuerdos sobre limitación de la producción.

Se refiere a ellos el apartado b) del artículo 3º de la Ley. Se trata de convenios en los cuales - uno o varios empresarios se comprometen a mantener - su producción dentro de una determinada tasa. Hay - que entender que no solo se produce el supuesto cuando como consecuencia del convenio, un empresario se vé obligado a reducir su volúmen de, producción, sino también cuando la obligación que asuma consista en no sobrepasar una determinada cota. La decisión en orden al volúmen de la producción debe ser siempre una de-

cisión interna del empresario, que no puede quedar influida por los demás.

Los convenios de limitación de la producción - pueden ser convenios horizontales, por virtud de los cuales varios fabricantes de productos idénticos o - concurrentes fijan cuotas, o convenios de tipo vertical, cuando la limitación de la producción sea convenida, v.gr. por un fabricante con su distribuidor.

El inciso final del apartado b) del artículo 3º exige que como consecuencia de los convenios se produzca un perjuicio de la economía nacional. Parece - seguirse de ello la consecuencia de que los convenios sobre limitación de la producción son lícitos siem--pre y cuando su repercusión en la economía nacional no resulte perjudicial. Para determinar en que medida el perjuicio existe, habrá que atender a las directrices generales de la política económica. Manteniéndose como idea rectora la de máxima producción o superproducción, el pacto limitativo será siempre ilícito. Sin embargo, en aquellos casos en que la política económica aparezca presidida por una idea de - freno o de limitación de la producción, el convenio -

entre empresarios estableciendo cuotas será naturalmente un acto de cumplimiento de las directrices económicas del Gobierno.

d). Los acuerdos sobre la limitación de la distribución.

Los incluye de una manera expresa el apartado b) del artículo 3º de la Ley y son tal vez aquellos que guardan una mayor relación con nuestro tema, dado - que los pactos o cláusulas de exclusiva suelen incidir en el ciclo de distribución de los productos. A primera vista, parece posible admitir que en virtud de un pacto o cláusula de exclusiva pueda tratar de conseguirse la finalidad aludida. Desde este punto - de vista puede afirmarse que un contrato de suministro con cláusula de exclusiva entraña en línea de - principio una limitación en la distribución de un producto o de una mercancía.

Sin embargo, probablemente, la figura del apartado b) del artículo 3º es más amplia. Un acuerdo de limitación de la distribución puede producirse por - medio de pactos muy diversos. Cabe, en primer lugar, un acuerdo por virtud del cual los empresarios con--

certados se comprometan a lanzar al mercado únicamente una parte de su volúmen de producción, almacenando o impidiendo la salida del resto de la misma. Cabe, en segundo lugar, un acuerdo horizontal por virtud del cual se fijen cuotas de salida de productos para periodos diversos de tiempo, cualquiera que sea la capacidad de producción de la empresa (por ejemplo, se dará salida a un numero X de unidades en los meses de enero a abril, a un número Y en los meses sucesivos, etc.).

En segundo lugar el acuerdo sobre la distribución de los productos puede referirse a los llamados canales o redes de distribución. Todavía aquí la limitación puede tener significados muy diversos. Cabe pensar en los supuestos siguientes: PRIMERO: los empresarios concertados se obligan todos ellos a canalizar la distribución de sus productos a través de un distribuidor común; SEGUNDO: los empresarios concertados se obligan a que sus redes o canales de distribución sean determinados y concretos; por ejemplo, el empresario A distribuirá sus productos a través del intermediario X y el empresario B a través del intermedio Y; TERCERO: cabe por último que el pacto tenga por efecto limitar el número de los distribuidores:

por ejemplo, el empresario A tendrá un único representante en el sector X y el empresario B tendrá uno solo en dicho sector.

e). Los acuerdos sobre la limitación del desarrollo técnico y de las inversiones.

Se encuentran incluidos también en el mencionado apartado b) del artículo 3º de la Ley y son, substancialmente, un caso particular de aplicación de los acuerdos sobre limitación de la producción, aunque la limitación del desarrollo técnico o las inversiones puede hacerse también con el fin de impedir una mejora de la organización de la empresa o de la calidad de los productos. En ambos casos el acuerdo debe considerarse prohibido.

f). Los acuerdos de reparto de mercados.

El apartado c) del artículo 3º de la Ley declara prohibidas las prácticas concertadas que consistan en "repartir los mercados". También este apartado c) del artículo 3º es extraordinariamente importante - desde el punto de vista de nuestro tema y convendrá - por ello matizarlos de alguna manera. Para nuestro te



ma es de sumo interés volver sobre la distinción en tre acuerdos horizontales y acuerdos verticales. No cabe duda alguna de que en el artículo 3º, c) de la Ley se encuentran incluidos los acuerdos horizontales sobre el reparto de mercados. En estos acuerdos horizontales los empresarios concertados se comprometen a lanzar sus productos a mercados determinados con el fin de falsear de esta manera la competencia. Por mercados determinados habrá de entenderse aquí - mercados locales, regionales o incluso, nacionales.

Cabe pensar en las hipótesis siguientes: el fabricante A venderá en la localidad X y el fabricante B en la localidad Y; el fabricante A venderá en la - región X y el B en la región Y; A venderá en el interior del país y B destinará toda su producción a la exportación; A venderá en Francia y en Alemania y B venderá en Inglaterra y en los Estados Unidos.

Mediante este tipo de pactos se trata de conseguir que un mercado determinado tenga un único fabricante abastecedor y que dicho mercado se convierta - en un feudo del referido fabricante.

Caben también pactos en virtud de los cuales se

establezcan tasas o cuotas de lanzamiento de productos en mercados determinados. Por ejemplo, el fabricante A no venderá en el mercado X más que una determinada cantidad y el fabricante B no venderá en el mercado Y más que la cantidad que se señale.

Más difícil es, sin embargo -y más directamente relacionado con nuestro tema- el problema del -- convenio de reparto de mercados por medio de acuerdos verticales. Cabe, por lo pronto, pensar que un único fabricante convenga con sus distribuidores en que el distribuidor A venderá sus fabricados en el mercado X y el distribuidor B en el mercado Y. Es -- evidente que en este punto se liga estrechamente el acuerdo de reparto de los mercados con el problema de las cláusulas de exclusiva, por lo que por el momento lo dejamos entre paréntesis.

g). Los acuerdos sobre reparto de áreas territoriales, sectores de suministro y de fuentes de abastecimiento.

Poseen unas características similares a los examinados en el apartado anterior, de los que representan el reverso.

Así como allí se trataba de sectores de venta, aquí se trata de sectores de compra. El esquema del pacto será el siguiente: el fabricante A comprará - en X y el fabricante B en Y. las materias primas. O también el comerciante A se abastecerá con el fabricante X y el comerciante B con el fabricante Y.

h). Los acuerdos sobre desarrollo de una política comercial productora de competencia desleal.

Se refiere a ellos el apartado d) del artículo 3º. Según hemos visto en páginas anteriores la competencia desleal es constitutiva de ilicitud y debe ser sancionada por si misma, ésto es, en cuanto sea individualmente practicada.

El artículo 3º de la Ley de 20 de julio de 1963 no viene de esta manera, a reiterar una prohibición que se encuentra establecida en otros textos legales. Viene, es cierto, a añadir algo a estos textos legales por los cuales la prohibición de competencia desleal se encuentra establecida. Lo que añade, evidentemente, es una sanción a la confabulación sobre la deslealtad. El artículo 3º, d), se refiere a un pacto para practicar competencia desleal. La cuestión

entonces es si en el caso del apartado d) del artículo 3º debe existir una dualidad de sanciones o - si por el contrario alguna de ellas absorbe a los demás. La solución, a nuestro juicio, es la primera, - puesto que se trata de hechos distintos y no cabe - por consiguiente, pensar en la aplicación del principio non vis in idem.

Los actos individuales constitutivos de competencia desleal recibirán la solución que en cada caso les corresponda y la confabulación recibirá su propia e independiente solución: nulidad del pacto y sanción administrativa.

i). Las prácticas discriminatorias.

El apartado e) del artículo 3º declara prohibidos aquellos acuerdos por virtud de los cuales se -- aplican en las relaciones comerciales con terceros -- contratantes, condiciones diferentes para prestaciones similares o equivalentes, ocasionándoles con -- ello desigualdad en la situación competitiva. La -- raíz de la prohibición se encuentra en la ilicitud -- de la discriminación. La competencia exigía, según -- dijimos en su momento, la igualdad de los competido-

res. De esta manera, la discriminación aparece como lo contrario de la igualdad. La discriminación existe siempre que se impongan a los terceros contratantes condiciones diferentes y este hecho aparezca motivado por el propósito de ocasionar una desigualdad en la situación competitiva. Por si solo, el hecho de establecer condiciones diferentes en los contratos no significa perjuicio para la competencia.

El vendedor puede establecer bonificaciones en los precios o dar facilidades de pago con el fin de atraer clientela. La ilegalidad aparece, en primer lugar, porque lo que el apartado e) del artículo 3º contempla, es una práctica concertada. En segundo lugar, porque lo que se busca es la creación de desigualdad en la situación competitiva y por consiguiente la eliminación o el perjuicio del competidor. La práctica discriminatoria puede surgir de un convenio horizontal: por ejemplo, los fabricantes A y B se obligan a vender al comerciante X y en unas condiciones menos onerosas que a los comerciantes Y y Z. Pero la práctica discriminatoria puede ser también de un convenio vertical, supuesto este que será además el normal, dado que el directamente in-

interesado en el convenio horizontal, por hipótesis, no toma parte. El esquema de un convenio vertical sobre prácticas discriminatorias es el siguiente: el comerciante X conviene con el fabricante A -en su caso también con el fabricante B- que con él se practicarán unas determinadas condiciones de venta, pero que con sus competidores, los comerciantes Y y Z se practicarán unas condiciones más onerosas.

j). Los acuerdos sobre prestaciones suplementarias

El apartado b) del artículo 3º de la Ley declara prohibidas las prácticas que consistan en subordinar la conclusión de contratos a la aceptación de prestaciones o de operaciones comerciales suplementarias y por su naturaleza y con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de tales contratos. La práctica prohibida tiene, también aquí, su raíz en el hecho de que procede de un convenio entre empresarios, aunque eventualmente pueden hacer también, y ello en el caso que nos ocupa será lo más probable, de un abuso de posición dominante. Por su naturaleza, el pacto, en la hipótesis que ahora examinamos, será un convenio vertical o -

un convenio horizontal entre fabricantes de productos diversos y por consiguiente, no directamente competidores entre sí. Por ejemplo, el fabricante A subordina la conclusión de los contratos de compra de sus productos a que se compren además los productos suplementarios del fabricante B; o bien impone a los compradores de sus productos -v.gr. maquinaria- la obligación contractual de repararla o de aprovisionarse de piezas de recambio, etc., en la empresa de B.

6. Las prácticas abusivas: el abuso de posición dominante.- La segunda de las prácticas prohibidas por la Ley de 20 de julio de 1963 es la llamada práctica abusiva o abuso de posición dominante. Se refiere a ella el artículo 2º de la Ley, según el cual "asimismo quedan prohibidas aquellas prácticas abusivas mediante las cuales una o varias empresas explotan su posición de dominio en la totalidad o en parte del mercado de manera injustificadamente lesiva para la economía nacional, los intereses de los consumidores o la actuación de los restantes competidores".

Dos son las circunstancias que deben concurrir para que se produzca el supuesto de que ahora esta--

mos tratando. En primer lugar la efectiva existencia de una situación o posición de dominio de una o varias empresas sobre la totalidad o sobre una parte del mercado. En segundo lugar, que esta posición dominante sea explotada abusivamente de una manera que constituya en justificada lesión para la economía nacional los intereses de los competidores o de los consumidores.

,La Ley delimita lo que se entiende por posición dominante, distinguiendo según que sea una sola empresa la que domine el mercado o sean dos o más. Se entiende que una sola empresa goza de posición de dominio en el mercado cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o la única demandante, dentro del mercado nacional o cuando sin ser la única no está expuesta a una competencia sustancial en el mismo. Se entiende que dos o más empresas gozan de posición de dominio cuando para un determinado tipo de producto o de servicio no existe competencia efectiva entre ellas o sustancial por parte de terceros en todo el mercado nacional o en una parte de él.



La posición de dominio viene, pues, referida - siempre, a un determinado tipo de producto o de servicio y puede producirse tanto respecto de la oferta (v.gr. unico fabricante, unico vendedor) como respecto de la demanda (v.gr. único adquirente, único comprador). El dato definitivo, sin embargo, para que - la posición de dominio exista lo constituye el hecho de que la empresa dominante no se encuentre expuesta a una competencia sustancial. De hecho, deben existir los competidores, porque si no se trataría de un autentico monopolio de hecho. Parece, de esta manera, que son dos cosas distintas el abuso de posición dominante y el abuso de monopolio, aunque no quepa duda alguna, a nuestro juicio, en el sentido de que a falta de una norma expresa, de acuerdo con los ya señalados principios del orden público económico, deben aplicarse a los casos de abuso de monopolio las mismas normas estatuidas para el abuso de posición dominante.

La inexistencia de una competencia efectiva o sustancial debe referirse a la totalidad del mercado nacional, cuando se trata de posición dominante de una sola empresa. En cambio, cuando se trata de posición de dominio de dos o más empresas, la inexistencia de competencia efectiva o sustancial puede darse en todo

el mercado nacional o en una parte de él.

La posición dominante del mercado, por sí sola, no determina la aplicación de ninguna sanción. Se trata, podríamos decir, de un puro hecho jurídico, que por sí solo no es sancionable. Podría serlo si para conseguir esa posición dominante se hubieran utilizado medios ilícitos, como los derivados de una serie de prácticas concertadas o de una competencia des--leal. Normalmente, sin embargo, el hecho de haber -adquirido una posición de dominio en el mercado, por sí solo, como decimos, no es sancionable. La ilici--tud, comienza cuando esta situación dominante es ex--plotada o ejercida en forma abusiva. ¿En que consiste aquí el abuso?. De acuerdo con el artículo 2º de la Ley, el abuso existe siempre que la explotación de la posición de dominio conduzca a una injustificada le--sión de la economía nacional, una injustificada le--sión de los intereses de los consumidores o una in--justificada lesión de los restantes competidores. La figura del abuso de posición dominante guarda un cierto paralelismo con el que en la técnica de la teoría general del derecho se conoce con el nombre de abuso del derecho. Como allí, cabe aquí también especificar

dos supuestos distintos. El primero es el abuso con dolosa intención de causar daño a otro. El segundo - consiste en una objetiva falta de adecuación entre - la conducta seguida por el empresario dominante y - aquella que, de acuerdo con los principios generales del orden público económico, es exigible. Debe entenderse, por ello, que toda persona que ejercita dentro del mercado de la economía nacional una actividad empresarial, ostenta un poder -que le es concedido - por el ordenamiento jurídico- y que debe ser ejercido para lograr unos fines acordes con el interés social. La actividad empresarial adopta de esta manera las - características de una auténtica función social: no es auténticamente, claro está, función pública, pero sí una función que debe desenvolverse dentro del cuadro del interés público.

Una tipificación de los supuestos de abuso de - posición dominante, en el estado actual de nuestra - legislación no puede hacerse. De hecho, sin embargo, los mismos supuestos mencionados en el artículo 3º, que hemos examinado como aplicables a las prácticas concertadas, lo son a las prácticas abusivas. Dentro del artículo 3º, existen casos que presuponen neces

riamente concierto o convenio entre empresarios. Sin embargo, existen otros en los cuales el concierto no es necesario y que pueden por ello derivar de una actuación unilateral, que consista en abuso de posición dominante. En particular puede resultar de una práctica unilateral abusiva los casos previstos bajo las letras b), e) y f) del artículo 3º. Así la limitación de la producción, de la distribución, - del desarrollo técnico, o de las inversiones; así - la realización y prácticas discriminatorias; así - también la exigencia de prestaciones suplementarias.

Queda, sin embargo, claro que el concepto de - abuso de posición dominante es un concepto abierto y que las hipótesis mencionadas no tienen un carácter taxativo.

7. Las prácticas exceptuables o autorizables.- En los apartados anteriores hemos comprobado como el punto de partida de la Ley de 20 de julio de 1963 lo constituye el establecimiento de la prohibición de unas determinadas conductas o comportamientos empresariales, que pueden considerarse como prácticas restrictivas de la competencia: prácticas concertadas y -

prácticas abusivas. Sin embargo, una aplicación indiscriminada de la prohibición y de la consiguiente sanción puede en ocasiones conducir a una injustificada lesión de intereses superiores de la economía nacional. De esta manera, similar al Tratado de Roma la ley de 20 de julio de 1963 establece la figura de las "prácticas exceptuables". Por "prácticas exceptuables" deben entenderse aquellas prácticas que caen dentro de la prohibición general, pero que, por motivos justificados de utilidad pública, son excepcionalmente autorizadas. Se comprende, en seguida, - que para que pueda producirse una práctica exceptuable es menester que recaiga un juicio de homologación respecto de las ventajas que para el interés público pueden seguirse de la adopción de las referidas prácticas. El problema que plantean las prácticas exceptuables constituye por ello una evidente aporía. Por una parte se establece, como principio general, y como base de partida la idea de que el desarrollo económico nacional debe inspirarse en las leyes de la competencia, porque se piensa que el libre juego concurrencial constituye la mejor estructura y el mejor motor del desarrollo económico y el más justo mecanismo

mo para el establecimiento de los niveles de precios, salarios, etc.

Por otra parte, sin embargo, se admite que en determinados casos, la mejora de la producción o de la distribución o la promoción del progreso técnico o económico puede exigir una restricción de la competencia. Como no es posible particularizar en qué casos está restricción de la competencia es necesaria, la solución se encuentra atribuyendo a la autoridad pública el poder de autorización.

Es evidente, y no hace falta decirlo, que las "prácticas exceptuables" son siempre prácticas concertadas y nunca prácticas abusivas. Para que una práctica concertada pueda ser declarada aceptable es menester que concurren los tres requisitos siguientes:

1º. En primer lugar que mediante ella se contribuya a mejorar la producción o la distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico.

2º. Que los consumidores de los bienes o usuarios de los servicios obtengan una parte adecuada de

los beneficios que resulten de tales acuerdos o decisiones.

3º. Por último, que las prácticas en cuestión, sean indispensables para obtener aquellas finalidades (artículo 5º, 1).

El párrafo 2º del artículo 5º establece cinco - casos particulares en los cuales el Tribunal de Defensa de la Competencia puede autorizar la práctica concertada restrictiva. Estos cinco casos son los si guientes:

a). Los acuerdos de racionalización de los procesos económicos.- El Tribunal puede autorizar, dice el precepto citado, los acuerdos y decisiones que se refieran a la aplicación de normas y tipos comunes - de carácter técnico, comercial o de organización y - cuyo propósito sea exclusivamente racionalizar los - procesos económicos y elevar el nivel de eficiencia o productividad de las empresas partícipes. Ha sido señalado que, en rigor, no nos encontramos aquí en presencia de la verdadera práctica exceptuable o - autorizable, dado que si el propósito exclusivo del acuerdo consiste en racionalizar los procesos econó-

micos y elevar el nivel de eficiencia o de productividad, no cabe hablar de práctica restrictiva de la concurrencia, ya que ésta presupone el efecto de impedir, falsear o limitar la competencia. Sin embargo, frente a esta observación, cabe argumentar que la figura de las prácticas concertadas prohibidas no aparece en el artículo 1º de la ley española matizada por el propósito perseguido por los empresarios concertados, sino por el efecto que objetivamente produzca el acuerdo, con independencia de cual haya podido ser la voluntad de las partes. Desde este punto de vista no parece que pueda decirse, como se ha pretendido, que las prácticas concertadas prohibidas deban ser siempre prácticas colusorias. Cabe, por consiguiente, que caiga dentro de la prohibición una práctica cuyo efecto objetivo es impedir o limitar la competencia aunque el propósito perseguido por las partes haya sido otro distinto. Desde este punto de vista la regulación del artículo 5º adquiere sentido. Son autorizables aquellos acuerdos celebrados con el propósito exclusivo de racionalizar los procesos económicos y de elevar el nivel de eficiencia o productividad de las empresas, aunque de ellos puede surgir -



una limitación -no buscada de propósito- de la competencia. Para que el acuerdo sea autorizable será necesario, sin embargo, que concurren los requisitos generales antes aludidos, es decir, que el acuerdo - sea indispensable para obtener aquella finalidad, - que los consumidores obtengan una parte de los beneficios y que la racionalización de los procesos económicos y la elevación del nivel de eficiencia de las empresas partícipes sea decisivo para la promoción del desarrollo económico general.

b). Los acuerdos para la adecuación de la oferta a la demanda. El apartado b) del artículo 5º permite que el Tribunal autorice como práctica exceptuable los acuerdos y decisiones que tengan por objeto la adecuación de la oferta a la demanda cuando sea - manifiesta en el mercado una tendencia sostenida de disminución de ésta o cuando el exceso de capacidad productiva sea claramente antieconómico y siempre que en tales acuerdos y decisiones se tengan en cuenta la situación económica general y el interés público. La norma en cuestión ha sido objeto de críticas, señalándose que este párrafo concede al Tribunal de Defensa de la Competencia un arbitrio enorme para autorizar -

auténticas restricciones o atentados de libre competencia, ya que habla literalmente de adecuar la oferta a la demanda cuando disminuye ésta y es difícil comprender que pueda resultar beneficioso para el interés público que se restrinja la oferta, ya que este procedimiento solo puede ser un medio de mantener los precios, sin permitir que bajen cuando la oferta es superior a la demanda.

En principio hay que convenir que los llamados acuerdos para la adecuación de la oferta a la demanda constituyen manipulaciones en el proceso económico, que son contrarias a la regla general que exige, según hemos visto anteriormente, que funcione la Ley económica de la oferta y la demanda y que las decisiones empresariales sean siempre individuales. No parece que una tendencia sostenida de disminución de la demanda pueda justificar por sí sola una alteración del principio general. Tampoco parece que por sí solo sea la causa de justificación del hecho de que el exceso de la capacidad productiva resulte claramente antieconómico, pues es ésta una situación anterior de la empresa, que ni la Ley ni la autoridad administrativa han de paliar. La única razón que pue

de abonar la autorización y en el supuesto que comentamos, lo constituyen las ideas aludidas en el inciso final de la norma, esto es, la situación económica general y el interés público. A nuestro juicio, solo cuando la situación económica general y el interés público lo aconsejen, será posible autorizar acuerdos de restricción de la oferta que tenga por objeto ajustar ésta a la demanda, en los casos de tendencia sostenida de disminución. Piénsese, por ejemplo, que el mantenimiento de una capacidad productiva antieconómica pueda ser motivo de grandes pérdidas para la empresa, que lleguen incluso a obligar el cierre de la misma, con detrimento de las personas que presten en ella su trabajo. Sin embargo, cabría todavía argüir que en casos como el descrito, el tutor del interés público general, que es el único interés digno de tutela, no pueden ser los propios empresarios afectados, los cuales, mediante el acuerdo buscarán defender sus propios intereses. A nuestro juicio, por ello, en casos como los descritos, no es la vía de la autorización del acuerdo entre empresarios el camino idóneo para defender el interés general, sino la adopción de medidas gubernativas de política económica.

c). Los acuerdos sobre defensa de las exportaciones.

Permite la Ley que sean declaradas prácticas excepcionales las surgidas de acuerdos y decisiones cuyo objeto sea defender o promover las exportaciones, siempre que las restricciones de la competencia de ellos derivada no afecte perjudicialmente al mercado nacional y sean compatibles con las obligaciones que resulten de los convenios internacionales suscritos por España.

Esta norma plantea también abundantes problemas de interpretación. Contempla una plausible finalidad desde el punto de vista de la economía interna española. La promoción y la defensa de las exportaciones de nuestros productos constituye una finalidad de nuestra política económica tendente a mejorar nuestra balanza comercial y nuestra balanza de pagos, los fondos de divisas y, en última instancia, el desarrollo económico y el aumento del nivel de vida.

Sin embargo, como se ha dicho, puede plantear fricciones con el Mercado Común, en el caso de que España ingrese en dicha organización o se asocie con ella, pues de acuerdo con las normas del Tratado de

Roma, el comercio entre los Estados miembros debe ser libre. En el caso referido la norma en cuestión quedaría reducida a las exportaciones realizadas de los países no miembros del Mercado Común.

En todo caso, es de subrayar que la promoción y defensa de las exportaciones no debe afectar perjudicialmente al mercado nacional. De ello se deriva, a nuestro juicio, la conclusión de que los - - acuerdos autorizables son aquellos que tengan por objeto constituir organizaciones comunes para la - venta de los productos en el extranjero o normas y tipos comunes de venta en el extranjero, pero que - en ningún caso pueden admitirse aquellos supuestos en los cuales la organización común venda también - en el mercado interior o las normas y tipos comunes se practiquen igualmente en el mercado nacional. Es ta regla no debe quedar derogada ni incluso en aque- llos casos en que la mayor parte de la producción - se destine a la exportación, pues siempre quedaría afectado el mercado nacional en la parte destinada a éste. La dificultad no se obvia entendiendo que - el mercado nacional queda a salvo si en él se practican precios razonablemente inferiores a los inter

nacionales pues aún en tal caso dichos precios "razonablemente inferiores" no habrán sido producto de la Ley económica de la competencia, sino del acuerdo de los empresarios interesados.

d). Los acuerdos sobre importaciones.-Permite la Ley que se autoricen acuerdos y decisiones que se refieran a importaciones procedentes de mercados extranjeros donde no exista libre competencia y siempre que la restricción de la competencia de ellos derivada - no perjudique al mercado nacional.

En la hipótesis contemplada los empresarios conucertados son empresarios importadores de productos - extranjeros, es decir, empresarios que realizan operaciones de compra de productos fabricados en, o, - procedentes del extranjero. El hecho de que en el - mercado extranjero donde la compra se realiza, no - exista libre competencia, impone la necesidad de conutrarrestar dicho factor mediante el acuerdo de los - empresarios compradores, con el fin, probablemente, de que la concurrencia entre ellos no provoque un - aumento de precios en detrimento de la economía naciounal.

e). La elevación del nivel social de sectores deprimidos de la nación.- Permite, por último, la Ley que se autoricen aquellos acuerdos y decisiones que den lugar a prácticas que produzcan una elevación suficientemente importante del nivel social y económico de sectores deprimidos de la nación. En realidad se trata de un caso particular de aplicación de la cláusula general, que permitía, como se recordará, los acuerdos y decisiones tendentes a promover el progreso técnico o económico. Habrán de concurrir los requisitos generales ya mencionados, esto es, el carácter indispensable de la práctica concertada para conseguir aquella finalidad y la participación de los consumidores o usuarios en los beneficios. Por lo que se refiere a la entidad o magnitud de los sectores deprimidos de la nación que se trata de proteger, habrá de estar a las directrices generales de la política económica del Gobierno cristalizada en los planes generales de desarrollo nacional o en los planes especiales de desarrollo regional.

8. La jurisprudencia española sobre prácticas restrictivas de la competencia.- Como es sabido, la Ley de

20 de julio de 1963 creó un órgano especial, el Tribunal de Defensa de la Competencia, adscrito en vía administrativa al Ministerio de Comercio.

Atribuye la Ley al Tribunal, jurisdicción para enjuiciar los actos y prácticas ilícitos de acuerdo con la misma e igualmente para efectuar las declaraciones o intimaciones previstas en la propia Ley.

No es este, desde luego, el lugar indicado para efectuar un estudio de este órgano jurisdiccional - creado por la nueva ley. Nos interesa en cambio, destacar que constituye una pieza fundamental en la - aplicación de la misma y que para la interpretación de los preceptos legales hasta aquí estudiados, el - conocimiento y el análisis de la jurisprudencia ya - emanada de dicho Tribunal parece decisivo. Realizaremos, por consiguiente, un estudio de las resolucio-- nes que hasta la fecha han sido dictadas por el refe-- rido Tribunal. Estas resoluciones son las siguientes:

1º. Resolución de 28 de abril de 1965 (Federación Española Sindical de Armadores de Buques de Pesca c. Ayuntamiento de Peñarroya-Pueblo Nuevo).- El asunto fué suscitado por la referida Federación que



denunció la municipalización con monopolio del servi  
cio de venta al por mayor de pescado fresco por el  
Ayuntamiento de Peñarroya-Pueblo Nuevo. El Tribunal  
por autor de 28 de abril de 1965 declaró que, sin en  
trar en el fondo del asunto, no había lugar a pro--  
veer en las mencionadas actuaciones. La resolución -  
del Tribunal obedece a razones de carácter procesal.  
La actuación del Tribunal no puede producirse ni de  
oficio ni a virtud de denuncia formulada ante el mis  
mo. El cauce o conducto que necesariamente ha de re-  
correrse para alcanzar su intervención es el del Ser-  
vicio de Defensa de la Competencia, órgano de la Ad-  
ministración llamado a incoar en su caso los oportu-  
nos expedientes cuya resolución atribuye la Ley al  
Tribunal.

Es cierto que la Ley atribuye al Tribunal la fa  
cultad de dirigirse al Gobierno interesando la supre-  
sión o modificación de una situación restrictiva de  
la competencia en materia de abastecimiento de las -  
poblaciones, cuando tengan su origen, concesión, auto  
rización o licencia otorgada por corporaciones o auto  
ridades locales, pero ello no quiere decir que esta  
facultad pueda ejercerse por el Tribunal en todo ca-

so, sino que solo le compete, cuando teniendo conocimiento de los hechos a través de un expediente incoado por el Servicio de Delincuencia de la Competencia, - viéndose el Tribunal impedido de dictar resolución declaratoria de la existencia de práctica prohibida, por imperativo de lo que establece el núm. 1 del artículo 4º de la Ley, haya sido sin embargo formada la convicción de que la práctica restrictiva de la competencia protegida del precepto citado, debe ser, por los graves daños que produzca al orden público - económico, modificada e incluso suprimida.

Por consiguiente, la conclusión a la que el Tribunal llega es que el camino procesal seguido no ha sido adecuado.

2º. Resolución de 1 de febrero de 1966 (Comisario General de Abastecimientos y Transportes c. Ayuntamiento de Yecla.- El Comisario de Abastecimientos y Transportes se dirigió al Tribunal dando cuenta de que el Ayuntamiento de Yecla, mediante una ordenanza municipal tramitada y aprobada sin oposición ni recurso, había dispuesto que las frutas, verduras, hortalizas, carnes, pescados y embutidos sólo se pudie-

ran vender en el mercado construído por la Corporación, prohibiendo que el comercio de alguno de estos artículos se llevase a cabo en las tiendas de comestibles que lo venían ejerciendo con anterioridad, al mismo tiempo que confiaba las facultades administrativas y recaudatorias del mercado a la Caja de Ahorros del Sureste de España.

El Tribunal, por auto de 1 de febrero de 1966 declaró que, sin entrar en el fondo del asunto, no había lugar a proveer en el presente trámite a lo propuesto por el Comisario General de Abastecimientos y Transportes. Los fundamentos del referido fallo son muy similares a los antes referidos de la Resolución de 28 de abril de 1965.

3º. Resolución de 10 de diciembre de 1965 (Central Española de Ventas de Aglomerados de Corcho para Aislamiento, S.A. - Cevaca, S.A.).- La citada Sociedad dirigió un escrito al Tribunal manifestando que había sido constituida con objeto primordial de efectuar la venta en común en los territorios del Estado español de planchas planas y rectangulares de dicho corcho aglomerado puro, para aislamientos téc-

nicos y acústicos, fabricadas por las cinco empresas asociadas; que en todo el territorio nacional existen, además, otras once empresas dedicadas también a la fabricación de iguales productos, algunas de - - ellas de más importancia que las asociadas; que la - creación de la Central había obedecido a la apremiante necesidad de luchar con los graves inconvenientes derivados de la deficiente calidad de los productos, que había originado quejas, tanto en el mercado interior como en el exterior y que podía ocasionar irreparables consecuencias, dada la competencia de otros países; que al vender los productos fabricados por - las empresas integradas, se aseguraba el control de la calidad de los mismos y los precios, evitándose - así una competencia ruinosa entre dichas empresas, - en detrimento de la calidad de los productos.

En el escrito se solicitaba que el Tribunal declarase que la finalidad y el objetivo de Cevaca, S.A. no constituía una práctica prohibida y en el supuesto de que pudiera estar afectada por las normas de la Ley se declarase exceptuable, por suponer una mejora y beneficio en la producción y distribución de los productos fabricados, redundando todo ello en la

misma calidad de los mismos con el consiguiente bene  
ficio para la economía nacional.

El Tribunal por auto de 10 de diciembre de 1965 declaró no haber lugar a la solicitud formulada, sin que proceda por ahora hacer pronunciamiento alguno - con respecto a la posible prohibición de las prácticas que puedan derivarse de la fusión o agrupación - de empresas llevadas a cabo a través de la referida sociedad, e intimando a la misma para que el desen-  
volvimiento de su actividad social se ajuste a las -  
prescripciones legales.

Los fundamentos de la resolución recurrida, en  
síntesis, son los siguientes:

El contenido de Cevaca, S.A. acusa una actitud mercantil incurso, en principio, en la prohibición -  
legal del apartado A del artículo 3º de la Ley, como es la de vender toda la producción destinada al mercado nacional a través de dicha sociedad, en las con  
diciones y precios que se fijen o puedan fijarse en lo sucesivo por el Reglamento de régimen interior; -  
no se ha demostrado que dicha actitud o finalidad re

dunde en beneficio del interés público, circunstancia esta que debería haber demostrado la Sociedad solicitada; la excepción no puede interpretarse como criterio amplio, sino restrictivo; y, por otra parte, no procede hacer declaración expresa de la existencia de práctica prohibida porque no se ha acreditado su ejercicio y falta además el requisito a que hace referencia el núm. 2º del artículo 112 del Reglamento del Tribunal.

En conclusión, el acuerdo de constitución de Cevaca, S.A. puede constituir, a juicio del Tribunal, una práctica restrictiva de la competencia y no existe razón alguna para exceptuar.

4º. Resolución de 14 de febrero de 1966 (Garriga y Puig, S.R.C., Reliable Cork Company, S.L. y Corchera Española, S.A.) - Las empresas citadas, que son, curiosamente dos de ellas además, fundadoras de la Cevaca, S.A. y que en el apartado anterior hemos hecho referencia, acudieron al Tribunal dándole cuenta del acuerdo o convenio a que habían llegado para la compra de corcho, bornizo de invierno o "chaspa" y solicitando que se declarara que no constituía -- práctica prohibida o, en otro caso, que se la consi-

deraba como práctica exceptuable al amparo del artículo 5º de la Ley. En virtud de las principales cláusulas del convenio en cuestión, Corchera Española S.A. por cuenta de las tres empresas, era la única compradora del bornizo de invierno, al precio que fijara - una Comisión de compras formada por un representante de cada una de ellas, las cuales repartían entre sí la materia prima según los porcentajes que se fijaban. La mercancía podía adquirirse de los proveedores incluidos en la lista establecida por la Comisión de compras, la cual podía aumentar o disminuir dicha lista. Se facilitaba a los proveedores herpiles y anticipos y cada fábrica fijaba los descuentos por coreo, comunicándolo a la Corchera para que ésta los aplicara. La duración del convenio era de tres años.

Las empresas interesadas argumentaban que la finalidad del pacto era conseguir y asegurar una distribución estable de la "chaspa" entre ellas, con el fin de evitar que una competencia desigual lesionara a una u otra, perjudicando, según el nivel de precios entre el mercado nacional y el internacional, la distribución en nuestro país o la exportación. Alegaban, además, que la escasez de bornizo, dada la capacidad de consumo de las fábricas, obligaba a procurarse -

como fuera, una cantidad mínima, para que los costes de fabricación permitieran obtener precios normales en el mercado.

Además de las tres empresas referidas existían otras que compraban la mercancía en la referida zona y que se vieron afectadas por el acuerdo.

El Tribunal, en la fecha indicada, 14 de febrero de 1966, dictó sentencia desestimando la solicitud de autorización de prácticas exceptuables, declarando que no procedía en aquel momento hacer declaración expresa de la existencia de una práctica prohibida, e intimando al mismo tiempo a cada una de las citadas empresas para que cesen en ella, bajo el apercibimiento de que si no lo hiciesen serían castigadas por la jurisdicción ordinaria con la pena prevista en el artículo 237 del Código Penal e incurrirían, en su caso, en las demás responsabilidades de los autores de prácticas prohibidas.

A juicio del Tribunal la simple lectura del acuerdo, conforme a la cual solo hay un comprador de bornizo de invierno por cuenta de las tres empresas, las cuales además fijan los precios a través de una



Comisión, revela que tal convenio anula o impide la competencia entre ellas. Además, esta fijación de precios ha constituido un instrumento de limitación por la concurrencia de otras empresas, en la adquisición de la materia prima que todas ellas precisan para fabricar aglomerados. Este carácter limitativo de la concurrencia de terceros lo demuestra el hecho de que las empresas concertadas confesaban su preocupación de asegurarse, como sea, una cantidad mínima de mercancía, de haber fijado precios superiores en un 10% a los medios y que aquellos precios resultaron prohibitivos para otros compradores.

No existe, por otra parte, razones para considerar el acuerdo como una práctica exceptuable, pues no se trataba mediante él de adecuar la oferta a la demanda, por no existir en el mercado una tendencia sostenida de disminución de ésta (artículo 5º A), ni tampoco de un acuerdo para la defensa de la exportación (artículo 5º C). Finalmente, a juicio del Tribunal, tampoco cabría aplicar el apartado a) del artículo 5º, que se refiere a los acuerdos sobre aplicación de normas y tipos comunes de carácter técnico, comercial o de organización, con el fin de racionaliz

zar los procesos económicos y aumentar el eficiente de las empresas.

5º. Resolución de 19 de enero de 1966 (Central Internacional, S.L. Echevarría, S.A. - O. Mustad y Cía.) - Las empresas aludidas se dirigieron al Tribunal manifestando que Central Internacional, S.L. se había constituido con el fin de asegurar el abastecimiento en el mercado nacional del clavo de herrar, tanto en cantidad como en calidad y precios, y nacionalizar totalmente la producción de este artículo, evitándose por ello la competencia ruinosa establecida entre los fabricantes. Aseguraban que Central Internacional, S.L. pretendía cumplir dos objetivos, como eran estimular, racionalizar y unificar los pedidos de clavo de herrar en el mercado español, mediante la aplicación de tarifas nacionales y concesión de bonificación conjuntas por consumo y lograr mediante la unión de empresas una mejor organización productiva y comercial en aras del interés público. Solicitaban por todo ello que el acuerdo se inscribiera en el Registro creado por el artículo - 21 de la Ley, considerándose como prácticas exceptuables las realizadas por Central Internacional, S.L.

El Servicio de Defensa de la Competencia emitió su informe en el sentido de considerar procedente la autorización de la actividad de Central Internacional S.L., únicamente en cuanto se refiere al clavo de herrar, declarando exceptuable la práctica de fijación de precios comunes y bonificaciones conjuntas por consumo, en tanto concurren las actuales condiciones de disminución de la demanda y continúen siendo razonables los precios de venta y no se abuse por Central Internacional, S.L. de su posición dominante en el mercado. En igual sentido se pronunció la Organización Sindical. El Tribunal en su Sentencia de 19 de enero de 1966, declaró práctica exceptuable, - en lo referente a la venta y distribución de clavos de herrar y bonificaciones en los precios para cantidad y calidad similares de los mismos, el acuerdo - existente entre las empresas mencionadas, en virtud del cual, Central Internacional, S.L. actúa como representante y agente exclusivo de ventas en España - del clavo de herrar fabricado por S.A. Echevarría - O. Mustad y Cía, todo ello en tanto subsistan las actuales circunstancias económicas del mercado a cuyo efecto el Servicio de Defensa de la Competencia ejer

cerá la debida vigilancia para el caso de que, como consecuencia de posibles incrementos en la demanda - de dicho artículo, fuera procedente proponer al Tribunal la revisión de este acuerdo.

El Tribunal consideró que el acuerdo sobre limitación de la venta y distribución de clavos de herrar y fijación de precios y bonificaciones comunes, constituía una práctica prohibida incurra en los números 1 y 2 del artículo 1º y en el número 2, apartado b) del artículo 2º de la Ley, pero entendió que - se daban los requisitos para considerarlo como práctica exceptuable, de acuerdo con los apartados a) y b) del artículo 5º, pues es evidente la progresiva disminución de la demanda de clavos de herrar y no es - previsible ningún aumento de la misma, como lo demuestra el cierre de varias fábricas europeas y la disminución de la producción de las actualmente existentes.

6º. Resolución de 19 de febrero de 1966, (Corcho, S.A. c. Compañía Roca Radiadores, S.A.) - La primera de las mencionadas Sociedades se dirigió al Tribunal manifestando que venía dedicándose desde el año 1922, entre otras actividades, a la fabricación de - bañeras de hierro, esmaltadas al fuego y otros artículos

los similares, complementarios y análogos de reconocida calidad y prestigio. Como consecuencia de la política de precios y condiciones de suministro que venía practicando la Compañía Roca Radiadores, S.A. en los mismos artículos, Corcho S.A. se vió precisada a suspender la fabricación de los citados elementos, ofreciendo en venta a la Compañía Roca Radiadores, S.A. su utillaje de bañeras, mediante el pago del precio que convinieron. En dicho contrato de compra-venta, Corcho, S.A. se comprometió a abandonar la producción en el futuro de los referidos elementos. Corcho, S.A. solicitaba que se declarase que el compromiso contraído infringía lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley de 20 de julio de 1963 al limitar la competencia, con el consiguiente perjuicio para la economía nacional y el interés de los consumidores. La Compañía Roca Radiadores, S.A. alegó que se hallaba dispuesta a relevar a Corcho, S.A. del compromiso contraído en 25 de noviembre de 1960, siempre que ésta última empresa estuviera dispuesta a satisfacer la correspondiente indemnización, pues en otro caso se produciría un enriquecimiento injusto. En todo caso, el compromiso, antes de la entrada en vigor de -

la Ley de 1963 fué perfectamente válido, por lo cual los efectos de la decisión del Tribunal deberían ser ex-nunc y no ex-dunc.

El Tribunal en su Sentencia de 19 de febrero de 1966 declaró incurso actualmente en la prohibición legal el compromiso adquirido por Corcho, S.A. en 25 de noviembre de 1960, como consecuencia de un contrato de venta de utillaje, para la fabricación de bañeras y otros elementos sanitarios, de abandonar la fabricación de dichos elementos. Decretó, asimismo, la nulidad del referido compromiso a intimó a Roca Radiadores, S.A. para que se abstenga de impedir o dificultar a Corcho, S.A. la fabricación de los expresados elementos sanitarios, apercibiéndola para caso de desobediencia de que podrá incurrir en las responsabilidades del artículo 27 de la Ley. El Tribunal entendió que el contrato, en la fecha de su celebración, era válido y lícito, pues la cláusula discutida no resultaba entonces contraria a las leyes, a la moral ni al orden público, habiendo sido solo con posterioridad prohibida por la Ley de 1963. La cláusula caía de lleno dentro de la prohibición de dicha Ley, pues según resultaba de los informes sobrantes

en el expediente, el mercado nacional es deficitario e insuficiente a las necesidades de la demanda de esos elementos en la construcción, habiendo sido incluso preciso autorizar su importación.

7º. Resolución de 30 de abril de 1966 (Consortio de fábricas de neumáticos).- El consorcio de fábricas de neumáticos integrado por cuatro de las empresas productoras de estos artículos solicitó del Servicio de Defensa de la Competencia que se declararan exceptuables las prácticas o actividades derivadas de la constitución del Consorcio. Instruido el oportuno expediente el Servicio de Defensa de la Competencia elevó al Tribunal un Informe-propuesta en sentido de que debía desestimarse la petición formulada por el mencionado Consorcio, por no contenerse en el pacto constitutivo del mismo, pronunciamiento alguno constitutivo de restricción de la competencia. Sin embargo, entendió el Servicio que debía declararse prohibida la práctica concertada o conducta conscientemente paralela existente entre las cuatro empresas al mantener, en general, precios y descuentos comunes.

El Tribunal en Sentencia de 30 de abril de 1966 declaró que no había lugar a pronunciarse sobre la - solicitud de declaración de práctica exceptuable y al mismo tiempo declaró también la no existencia de conductas conscientemente paralelas por parte de las empresas integrantes del Consorcio.

La resolución citada se fundó sustancialmente en que en la escritura de constitución del Consorcio no se contenía acuerdo alguno que pudiera ser considerado como prohibido legalmente, por estar comprendido - en el artículo 1º de la Ley, por lo cual faltaban los supuestos de hecho básicos para la concesión de autorización o exceptuación. Entendió también el Tribunal que no existían conductas conscientemente paralelas, pues estas solo pueden ser objeto de prohibición y de sanción cuando tengan por objeto o produzcan el efecto de impedir, falsear o limitar la competencia en to do o en parte del mercado nacional y, si bien es cierto, que se dá la circunstancia de igualdad en precios y descuentos básicos en las tarifas de las cuatro fábricas, es muy frecuente la concesión de descuentos - especiales y "rappels" acordados entre cada fábrica y sus clientes para convenir unos precios de venta infe riores a los de las expresadas tarifas.



8º. Resolución de 25 de mayo de 1966. (Potasas Españolas, S.A.) - La referida Sociedad en su nombre y en el de tres empresas más, acudió al Servicio de Defensa de la Competencia solicitando que previa la tramitación procedente fueran declaradas exceptuables las prácticas derivadas de los convenios celebrados por las mismas. En virtud del referido convenio, las tres empresas productoras de sales potásicas, confiaban a Potasas Españolas, S.A. la venta en comisión, en nombre propio, pero por cuenta de aquellas de las sales potásicas procedentes de sus minas, tanto en el mercado interior como en el mercado internacional. Esta facultad alcanzaba a la venta de la producción de cada una de ellas, bajo idéntico régimen y sin discriminación alguna de origen, y al establecimiento, a su arbitrio, de las condiciones de cada operación. Se convenía, por último, que las entregas de las mercancías de cada empresa productora se liquidarían al precio medio que se obtuviera en el conjunto de la campaña.

El Tribunal en la sentencia dictada en la indicada fecha, 25 de mayo de 1966, declaró práctica exceptuable la derivada del convenio en cuestión; ordenó -

que dicho convenio debía inscribirse en el Registro; y ordenó, además, que Potasas Españolas, S.A. debería mantener el mercado interior de potasas suficientemente abastecido y lòs precios a un nivel razonablemente inferior al que rija en el mercado internacional, sin cuyas condiciones las prácticas exceptuables deberían ser prohibidas.

Entendió el Tribunal que el convenio referido al suprimir el libre juego de la competencia, que naturalmente hubiera debido establecerse entre las tres - empresas comitentes para el desenvolvimiento de sus - respectivas ventas en el mercado interior, puede considerarse comprendido en las prohibiciones contenidas en el núm. 1º del artículo 1º de la Ley. No obstante ello, el Tribunal llegaba a la conclusión de que se - le debe declarar práctica exceptuable, toda vez que la industria productora de sales potásicas en España se ha venido desarrollando y sigue desarrollándose sobre la amplia base que le ha ofrecido y le sigue ofreciendo la exportación, de tal manera que la cantidad colocada en el mercado interior es marcadamente inferior a la que se coloca en el mercado mundial. La estruc-tura del mercado europeo de los potasios ha aconsejado

en otros países productores la máxima concentración posible en sus respectivas organizaciones de venta, a fin de darle la dimensión apropiada a la importancia del mercado que tratan de servir y de dotarlas de una personalidad capaz de hacer respetar sus propios intereses. Todo ello permitía concluir que el caso se encontraba incluido dentro del núm. 2º del artículo 5º de la Ley, ya que el objeto del acuerdo era defender o promover las exportaciones y la restricción de la competencia que de ello resultaba, no afectaba perjudicialmente al mercado nacional.

9.. Los contratos de exclusiva en la Ley de Prácticas Restrictivas de la concurrencia. ¿Hasta que punto caben los pactos o cláusulas de exclusiva en el ordenamiento creado por la mencionada Ley de 20 de julio de 1963?. El artículo 1º de la Ley prohíbe "las prácticas surgidas de convenios, decisiones o conductas conscientemente paralelas, que tengan por objeto o produzcan el efecto de impedir, falsear o limitar la competencia en todo o en parte del mercado nacional" (artículo 1º, 1.). Como consecuencia de la referida prohibición con que la Ley se abre, el apartado 2 del mismo artículo declara -

nulos como contrarios a la Ley y al orden público, - los convenios entre empresas y los acuerdos y decisiones de todo género de uniones, asociaciones o agrupaciones de aquellas que originen prácticas de las - prohibidas en el artículo anterior.

Si llegamos, por tanto, a la conclusión de que - un pacto de exclusiva constituye un convenio que impide, falsea o limita la competencia, dicho convenio - habrá de ser considerado nulo como contrario a la Ley y al orden público, Hay que confesar que es muy difícil concretar el sentido general del artículo 1º de - la Ley de 20 de julio de 1963, y, en particular, la - idea de "impedir, falsear o limitar la competencia".

A primera vista parecè posible admitir que en - virtud de un pacto o cláusula de exclusiva se trate de conseguir alguna de las finalidades transcritas. Desde este punto de vista puede afirmarse que un contrato de suministro con cláusula de exclusiva entraña una limitación en la distribución de un producto o - mercancía y que a través de una cláusula de exclusiva pueda llegarse a un reparto de mercados, de áreas territoriales o de sectores de suministros. ¿Quiere ello

decir, entonces, que las cláusulas de exclusiva están incursas en la prohibición del artículo 1º de la Ley de 20 de julio de 1963?. A nuestro juicio, a esta conclusión no debe llegarse necesariamente. Puede observarse que lo que la Ley de 20 de julio de 1963 prohíbe, bajo la denominación de prácticas concertadas, - son convenios entre "empresas " y por extensión, acuerdos y decisiones de uniones o asociaciones de empre--sas. Esta observación, aunque a primera vista pueda - parecer baladí, tiene sin embargo, para nuestro tema, una gran importancia, pues ya en páginas anteriores - recordamos como caben dos tipos distintos de cláusulas de exclusiva, unas insertadas en contratos en que ambas partes contratantes eran empresarios mercantiles y otras que se insertan en contratos de los cuales - únicamente una de las partes, el acreedor de la prestación en exclusiva, es un empresario. Ello significa, por tanto, que sólo, prima facie, el primero de los - tipos de cláusula o pacto de exclusiva, es decir, - aquel que se inserta en contratos entre empresarios, entra en colisión con las normas de la Ley de 20 de julio de 1963 y no en cambio el segundo. Por lo tanto, cuando el deudor en exclusiva no es un empresario mer

cantil, la exclusiva es perfectamente válida. El hecho de que un empresario tenga en exclusiva los servicios técnicos, profesionales o de gestión de una persona, no atenta para nada a la libre competencia.

El problema lo plantean entonces aquellos pactos o cláusulas de exclusiva que se inserten en contratos celebrados entre sí por dos empresarios mercantiles. ¿Hasta que punto ese tipo de pactos o de cláusulas choca con la Ley de 20 de julio de 1963?. También aquí conviene realizar alguna distinción. La Ley de 20 de julio de 1963, aunque de su texto no se desprenda con absoluta claridad, lo que parece prohibir, son los convenios entre empresarios que se encuentran en el mismo plano del proceso económico o *verbigracia*, entre fabricantes de la misma mercancía, entre comerciantes vendedores del mismo producto, etc. En cambio, cuando un pacto o cláusula de exclusiva se inserta en un contrato entre empresarios, lo que se produce según habíamos señalado ya es la integración de uno de ellos en sentido *vertical*, en el ámbito de la empresa de la industria y en función auxiliar de la misma. Las prácticas concertadas prohibidas por la Ley de 20 de julio de 1963, son, a primera vista, convenios ho-

horizontales entre empresarios de una misma rama, mientras que los pactos o cláusulas de exclusiva son normalmente, convenios verticales entre empresarios que se encuentran en planos distintos.

Una práctica concertada es, por ejemplo, un convenio entre los fabricantes o productores de una mercancía. Un pacto de exclusiva suele darse, por hipótesis, entre el fabricante y el distribuidor. De ello se desprende que no es necesaria la colisión entre los pactos o cláusulas de exclusiva y las normas prohibitivas de las prácticas restrictivas de la libre concurrencia. Normalmente, **ambas se moverán en cimientos** distintos, y podrán, por ello, coexistir perfectamente. Esta conclusión, sin embargo, no es absoluta ni impide que, en ocasiones, ambos círculos puedan acortarse y que aparezca, como consecuencia, una zona sectorial de colisión. Conviene en este momento volver a la vista hacia atrás y recordar que los apartados b) y c) del artículo 3º de la Ley de 20 de julio de 1963 prohibían aquellas prácticas concertadas que tenían como finalidad limitar la producción o distribución o bien repartir los mercados, las áreas territoriales o los sectores de suministro.

A nuestro juicio, es perfectamente posible que una de las referidas finalidades intente lograrse a partir de una cláusula de exclusiva. Cuando el fabricante A conviene en que solo suministrará los productos que fabrica el distribuidor B, el distribuidor B tiene, o puede tener, en definitiva, en su mano, las posibilidades de limitar la producción pues él encauza y canaliza toda la producción de ese fabricante. Y a la inversa: cuando es el distribuidor quien adquiere la exclusiva queda también limitada la distribución del producto. Por otra parte, es claro que - cuando el apartado c) del artículo 3º de la Ley de - 20 de julio de 1963 prohíbe los convenios que tengan por objeto un reparto de mercados, áreas territoriales o sectores de suministros, está pensando, en primera línea, un acuerdo entre fabricantes para conseguir entre ellos algunas de las finalidades mencionadas, pero no cabe duda que una finalidad semejante - puede conseguirse también a través de contratos con cláusulas de exclusiva, por ejemplo, cuando un único fabricante reparte o divide un área territorial - entre varios distribuidores en exclusiva.

Por todo ello debemos llegar a la conclusión de



que por regla general no puede decirse que las exclusivas choquen con la Ley de 20 de julio de 1963, si bien hay que admitir que en ocasiones concretas, un contrato entre empresarios con las cláusulas de exclusiva, dirigido a intentar alguna de las finalidades que la mencionada Ley considera prohibidas puede recibir la sanción de nulidad establecida en el artículo primero, apartado 2, de la misma.

Pocas veces podrá decirse, como aquí, que "en -- principio está el caso".

PARTE TERCERA

=====

LA CUESTION DE LA EFICACIA

PARTE TERCERA

=====

LA CUESTION DE LA EFICACIA

CAPITULO SEPTIMO

Los límites de la eficacia del Pacto de Exclusiva

1. Introducción.-

La Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1955, que contiene, según hemos dicho ya, el estudio más completo de las cláusulas de exclusiva que se ha realizado hasta la fecha entre nosotros, además de contener una caracterización general de dichas cláusulas, a la que con anterioridad nos hemos referido, hace alusión a dos notas características de las mismas, en torno a las cuales convendrá que nos detengamos ahora, siquiera sea brevemente. La obligación de no contratar o de no realizar o de no recibir una determinada prestación, que constituye la médula

del pacto de exclusiva -dice, el T.S.- se concreta "en una determinada zona y por un determinado tiempo". - Aparecen así dos notas delimitadoras de la eficacia - de la cláusula: un límite temporal (tiempo determinado) y un límite espacial (determinada zona).

En el mismo sentido señala GARRIGUES que la cláusula de exclusiva, que conduce a una limitación de la actividad industrial o comercial, será lícita cuando tenga ciertos límites, a fin de evitar que se traduzca en una intolerable violación de las normas sobre competencia. En definitiva, señala el autor citado, - se trata de una cuestión de límites: la exclusiva será lícita siempre que tenga límites temporales y espaciales.

Algunos autores (1), sin embargo, añaden a estas limitaciones -temporales y espaciales- una limitación en cuanto al objeto de la exclusiva, así como la limitación que el interés del acreedor proyecta sobre el ejercicio del derecho de éste (2).

## 2. El límite temporal del pacto de exclusiva.

El problema del límite temporal del pacto de exclusiva se plantea teniendo en cuenta que el contrato

principal, al cual el pacto de exclusiva se añade o juxtapone, postula para poder cumplir y realizar la función económica a la cual se dirige, una cierta - duración temporal: es decir, se trata de lo que la doctrina viene denominando relaciones obligatorias duraderas o bien, si se prefiere, contratos de tracto sucesivo. Como con razón señala FRANCESCHELLI (3) una cláusula de exclusiva juxtapuesta o un contrato que se resuelva, por su naturaleza o por la voluntad de las partes en una sola prestación o en varios actos solutorios fraccionados de una única prestación originariamente debida, constituiría algo carente -- por completo de sentido. La exclusiva, por definición, se dirige a vincular al acreedor con el deudor, y a ambos en relación con terceras personas, durante toda la vigencia de la relación obligatoria principal, que por ésto ha de ser una relación obligatoria duradera. Efectivamente no tiene sentido una cláusula de exclusiva en un contrato de ejecución instantáneo o en un contrato con una sola prestación aún cuando - ésta quede diferida. Las cláusulas de exclusiva exigen contratos de tracto sucesivo: suministro, trabajo arrendamiento de servicios, gestión, etc. (4).

Supuesto lo anterior, la cuestión que se plantea consiste en dilucidar si esa necesaria duración del vínculo contractual ha de encontrarse de alguna manera - predeterminada o si por el contrario, es posible una indeterminada duración de la relación obligatoria nacida del negocio jurídico básico. En uno y otro caso, cabe - cuestionar todavía si esa determinada o indeterminada - duración temporal encuentra en alguna norma del derecho positivo o en alguna exigencia institucional un límite.

Por lo que se refiere al primero de los problemas citados, la duración de la relación obligatoria, algunos ordenamientos positivos, efectivamente, resuelven la cuestión en forma afirmativa exigiendo que la duración sea establecida por las partes en el contrario (5) y - esta es la solución a que llega ante nosotros, según hemos visto, la sentencia de 29 de octubre de 1955. La conclusión a la que llega esta sentencia, cuando habla de "tiempo determinado" se encuentra, a nuestro juicio, influida por la doctrina italiana, por la que parece inspirada, sin parar mientes en que - aquella doctrina se funda en un ordenamiento jurídico que posee unos preceptos muy concretos, de los que, en cambio, el nuestro carece por completo (6). Por --

ello, en nuestra opinión, el único camino posible para dar una solución al problema consiste en recurrir a las reglas y principios generales del Derecho de obligaciones. A primera vista puede observarse que cabe contemplar dos hipótesis distintas. La primera de dichas hipótesis la constituye el caso en que las partes han establecido efectivamente, un plazo que marque la duración temporal del vínculo contractual que entre ellas se crea. En tal caso el problema será un problema de límites, pero la determinación habrá quedado cumplida. La segunda hipótesis se producirá, por el contrario, en aquel caso en el cual los contratantes, habiendo establecido entre ellos la relación obligatoria y habiendo dado a la misma el carácter de exclusiva, mediante el correspondiente pacto o cláusula, hayan omitido por completo referirse a la duración temporal del mismo. Frente a este supuesto, que es el único que reviste alguna gravedad, caben, a nuestro juicio, tres soluciones diversas.

La primera solución consiste en admitir que, efectivamente, el señalamiento de una determinada duración temporal, constituye un requisito esencial para la validez del pacto o cláusula de exclusiva,

de tal manera que admitido el cumplimiento de dicho requisito, el pacto o cláusula será nulo. Si la nulidad del pacto o cláusula de exclusiva repercute o no en la validez del contrato principal en que la exclusiva se ha insertado es tema que debe quedar por el momento entre paréntesis, remitiéndonos, sobre este punto, a lo que dijimos al estudiar los problemas relativos a la eficacia de la figura que estamos estudiando.

La segunda solución consiste en tratar de poner en juego la norma contenida en el artículo 1.128 del Código Civil. Como es sabido, con arreglo a este precepto si la obligación no señalare plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, los tribunales fijarán la duración de aquel. Con arreglo a esta tesis un contrato con cláusula de exclusiva por tiempo indeterminado, sería válido y las partes se verían en la necesidad de recurrir, de no llegar sobrevenidamente a un acuerdo sobre este punto, a reclamar una determinación judicial por el tiempo y duración del contrato.



Esta segunda solución presenta, a nuestro juicio, algunas dificultades tanto en el orden técnico como en el orden práctico. En el orden práctico es evidente e que ocasiona una seria dificultad la necesidad de tener que recurrir a un procedimiento judicial para obtener la fijación del plazo. En el orden técnico, parece claro, a nuestro juicio, que cuando el artículo 1.128 del Código Civil establece la posibilidad de lo grar una fijación judicial del tiempo o plazo de la obligación, se está refiriendo no al plazo de duración de la relación obligatoria o vínculo nacido del contrato, sino al tiempo o momento en el cual el deudor debe cumplir o realizar la prestación. No es la duración de un contrato lo que el artículo 1.128 remite a la fijación de los tribunales, sino el establecimiento del momento del pago o "tempus solutionis".

La tercera posible solución del problema de los contratos con cláusula de exclusiva cuya duración haya quedado indeterminada consiste en admitir su validez, supuesto que lo esencial a ellos es, como hemos dicho, un tracto sucesivo y una duración temporal, pero no su total y absoluta indeterminación. Como quiera que el problema que tales casos se plantea es el de -

la inconveniencia de mantener al deudor vinculado durante un espacio indeterminado de tiempo, la dificultad puede resolverse admitiendo que en los casos en que - la duración de la exclusiva haya quedado indeterminada por las partes, éstas disponen de una facultad de denuncia o de rescisión del contrato. Es obvio que - una semejante facultad para poner fin al vínculo contractual no posee decisivo apoyo dentro de nuestro sistema de Derecho positivo. Sin embargo, a nuestro juicio, encuentra su más hondo fundamento en esa imposibilidad de mantener indeterminadamente vinculado al deudor y, además, parece que es una regla general a - todas aquellas relaciones obligatorias, en las cuales se produce una vinculación intuitu personal entre las partes. Así, en el contrato de sociedad (artículo - 1.700, 4º), en el contrato de mandato (artículo 1.732 1º y 2º), en el contrato de arrendamiento de servicios (artículo 1.583 y siguientes).

En resumen: cuando el contrato o cláusula de exclusiva haya omitido establecer la duración temporal de ésta, debe llegarse, a nuestro juicio, a la conclusión de que el contrato es válido y surte todos sus efectos, pero las partes disponen de una facultad di-

rigida a poner término al vínculo contractual. El -- ejercicio de esta facultad está condicionado, única- mente, por las exigencias de la buena fé y del uso - de los negocios (artículo 1.258 del Código Civil) que pueden sin duda imponer para el ejercicio de la facul- tad rescisoria o de denuncia un plazo de pre-aviso. La determinación de este plazo de pre-aviso, a falta también de una concreta norma lega<sup>l</sup> que lo establez- ca, tiene que quedar sometida a las mismas exigencias antes apuntadas, es decir, a la buena fé (tiempo razo- nable) y al uso de los negocios.

La duración temporal de los contratos con las - cláusulas de exclusiva, además de plantearnos el pro- blema de la necesidad de su determinación y de las - consecuencias que se producen en el caso de indeter- minación, suscita también, como habíamos dicho, la - cuestión relativa a los posibles límites temporales de aquella duración. Aunque en el negocio jurídico - constitutivo la duración haya sido concreta y absolu- tamente establecida por las partes contratantes ¿en- cuentra aquella algún límite o es por el contrario - enteramente libre?. Parece muy claro que a la concien

cia social no le sorprenderá que un contrato de suministro o de servicios con cláusula de exclusiva pueda tener una duración de dos, tres, o cinco años. Sin embargo, al pensar en una duración mayor -por ejemplo, diez, veinte, treinta años- las dudas parece que comienzan a surgir. El problema ha quedado, efectivamente, resuelto en los ordenamientos jurídicos más modernos y progresivos, como el Código Civil italiano que establece, concretamente, un límite temporal a la duración de las obligaciones nacidas del pacto o cláusula de exclusiva. En nuestro Derecho, donde la institución se encuentra, como sabemos, huérfana de regulación legal, el problema se plantea con toda su agudeza. También aquí será necesario otra vez integrar la laguna de la Ley supliendo la falta de regulación con los principios generales del Derecho de obligaciones. Por lo pronto, resulta claro a nuestro juicio que el pacto o cláusula de exclusiva no podrá superar aquella duración que para el contrato principal en el que se encuentra insertado, pueda en cada caso establecer la Ley. A falta de norma que establezca un límite temporal para la duración del contrato principal, no existen, en nuestro Derecho, otros límites que los ge

néricos de la autonomía privada establecidos por el artículo 1.255 del Código Civil, es decir, la moral y el orden público, idea que refuerza el ya citado artículo 1.583, en materia de arrendamiento de servicios, cuando establece que el arrendamiento de servicios hecho por toda la vida es nulo, pues es evidentemente contrario tanto a la moral como al orden público. Decidir, en presencia de cada supuesto dado, cuando su duración es excesiva, por no ajustarse a las exigencias de la moral y del orden público, constituye una difícil y delicada cuestión de valoración, que habrá de ser dilucidada en cada caso por las propias partes de mutuo acuerdo o en su defecto por el juez tomando en consideración las ideas y convicciones imperantes en el grupo social en que la relación contractual se desenvuelva. Ahora bien, supuesta la excesividad del plazo de duración estipulado para el vínculo contractual con exclusiva, cabe discutir también cuales ha de ser las consecuencias de esta excesividad, pues, a primera vista, pueden ser dobles: - una, la nulidad del pacto o de la cláusula como pacto o cláusula contraria a la moral y al orden público, con todas las consecuencias que de ello se deriven; -

otra, admitir la posibilidad de que la parte perjudicada disponga de una pretensión dirigida a **reducir** - aquella excesiva duración temporal y a situarla dentro de sus límites normales y además admitir que una vez superada aquella duración que hemos calificado por llamarla de algún modo como "normal", las partes dispongan de una facultad de denuncia o rescisión del vínculo análoga a lo que veíamos que existía en los casos en que la duración de la relación obligatoria había quedado indeterminada. Por las mismas razones que entonces exponíamos, esta última es la solución a nuestro juicio más correcta.

3. El límite espacial del pacto de exclusiva y el concepto de zona.

El segundo de los límites de los pactos o cláusulas de exclusiva era, según veíamos, un límite espacial, que se concreta en una determinada zona o área geográfica. Esta zona o área geográfica puede ser una región o parte de un país, un país entero, o bien un conjunto o pluralidad de países. Ocurre, sin embargo, que cuando en la doctrina y en la jurisprudencia se ha hablado del límite espacial del pacto de exclusiva

y de una "zona determinada" como ámbito espacial dentro de la cual la exclusiva surte sus efectos, ello se ha hecho contemplando, casi exclusivamente los contratos de suministro en exclusiva, por lo cual cabe cuestionar si el límite espacial o temporal es aplicable en general a todos los contratos con cláusula de exclusiva o, por el contrario, sólo a alguno o algunos de ellos, en particular a los contratos de suministro en exclusiva. Ya a primera vista resulta claro que así como la duración temporal era una ineludible exigencia, de tal manera que, según veíamos, una cláusula de exclusiva añadida a un contrato de ejecución instantánea constituía algo por completo carente de sentido, no ocurre lo mismo con el ámbito espacial.

Una cláusula de exclusiva añadida a un contrato necesita, obviamente, un ámbito espacial en que -- desarrollarse, pero ello no es una característica especial de estos contratos, sino general a todas las relaciones contractuales. El problema no es por tanto si la exclusiva necesita o no el ámbito espacial para desarrollarse, sino dilucidar si el ámbito espacial debe quedar o no determinado por las partes y cuales han de ser en todo caso sus límites.

De la misma manera que procedimos en el epígrafe anterior, cabe también aquí distinguir según que en el contrato las partes hayan estipulado expresamente o no el ámbito espacial de vigencia del mismo. Si la determinación del ámbito espacial se ha producido por obra de las partes, entonces la cuestión será, - evidentemente, una cuestión de límite, a la que más adelante nos referiremos. En cambio, en el caso de - que el ámbito espacial de vigencia del contrato haya quedado indeterminado, ¿que solución se debe adoptar?. Cabría, a primera vista, sostener que, indeterminada la zona de aplicación del contrato, ésta sería el entero planeta, de tal manera que el deudor en exclusiva no podría en lugar alguno realizar aquellas actividades que en exclusiva ha comprometido con el acreedor. Esta solución, sin embargo, no es a nuestro juicio, correcta. No debe de olvidarse que la exclusiva se dirige, según hemos visto ya, a realizar una determinada función económica y que el derecho de crédito atribuido en exclusiva al acreedor, es, como todos los derechos subjetivos, un cauce de realización y de protección de los intereses de su titular. Aplicada esta idea a nuestro caso significa que el derecho de crédito



to en exclusiva no puede llegar más allá de donde -  
llegue, territorialmente, el interés del acreedor.  
Como quiera que, según hemos puesto también de relieve, al acreedor en exclusiva es por hipótesis un empresario mercantil, la conclusión obvia, a nuestro -  
juicio, es que en todos aquellos casos en que la zona de vigencia del contrato con exclusiva haya quedado indeterminada, el contrato surtirá sus efectos dentro del espacio a que se extienda o razonablemente pueda entenderse que se extiende el ámbito territorial -  
de la empresa del acreedor.

4. El límite objetivo de la exclusiva. Prestación comprometida en exclusiva y prestación prohibida por virtud de la exclusiva.

El pacto de exclusiva impone el necesario ajuste entre los dos tipos de prestación: la que el deudor -  
debe al acreedor y la que le queda contractualmente -  
prohibida respecto de terceras personas. Debe existir la más perfecta identidad entre ambas, esto es, la -  
prohibida respecto de terceros debe ser la misma de -  
la que queda contractualmente obligado en favor del -  
deudor. Esta identidad exige la más absoluta determi-

nación. Quiere ello decir que la exclusiva presupone una prestación específica, en cuya especificación además deben valorarse todos aquellos rasgos que sirven para caracterizarla de una concreta manera. La prestación prohibida no es otra conducta de la misma naturaleza que la convenida, sino dentro de unas determinadas circunstancias de objeto, de tiempo, de lugar, - etc. Una aplicación de esta idea a nuestros anteriores ejemplos puede contribuir a aclarar lo que tratamos - de decir:

- a. Cuando B se compromete a ser único y exclusivo agente o distribuidor de las ventas del fabricante de cementos A, la prestación que le queda prohibida a B en virtud de dicho convenio no es toda compra y venta de mercaderías, sino únicamente intermediar - en la compra-venta de cemento, que no proceda del fabricante de A y de A directamente. La exclusiva - no le impide a B intermediar en compra-venta de - mercaderías en general diferentes.
- b. La cantante que había convenido con la empresa fabricante de discos de grabación en exclusiva, puede realizar trabajos profesionales en favor de otras -

empresas, por ejemplo, dar recitales o cualquiera -  
otra actividad análoga, lo que no podrá es realizar  
grabaciones de discos con empresas competidoras de  
la contratante en exclusiva.

- c. El Ayuntamiento que concedía en exclusiva el uso -  
de un local en el mercado para la instalación del -  
restaurante no queda naturalmente impedido para -  
arrendar o conceder el uso de los demás locales, si-  
no que a lo que viene obligado es a proporcionar al  
arrendatario el carácter exclusivo de su empresa den-  
tro del mercado. Ello le obligará, naturalmente, a  
vedar a los demás posibles futuros contratantes el  
destino de los locales a una actividad análoga a la  
que en exclusiva ha concedido al primero.

El ajuste entre los dos tipos de prestaciones, la  
convenida y la prohibida, debe realizarse, pues, toman-  
do en cuenta aquellas características de las mismas -  
que en el propósito de las partes ha servido para defi-  
nirlas o concretarlas. Esta afirmación, sin embargo, no  
conduce a estimar que la interpretación del negocio ju-  
rídico constitutivo de la exclusiva deba realizarse -  
de manera restrictiva. Por el contrario, también --

aquí entran en juego, como criterios hermenéuticos, tanto la idea de la buena fé, como la de la función económica perseguida por las partes, de tal manera que una y otro criterio pueden conducir a un ensanchamiento o a una ampliación de la prohibición contractual o, si se prefiere, a un ensanchamiento o a una ampliación de la obligación negativa que recae sobre el deudor. El agente de venta distribuidor en exclusiva del fabricante de cementos no puede, como hemos dicho, intermediar en compra-venta de cemento que proceda de fabricantes diferentes, pero tampoco podrá intermediar en la compra-venta de aquellas mer caderías que por su naturaleza puedan suponer concurrencia en el mercado para un fabricante de cementos. La cantante que ha convenido grabar discos en exclusiva con un fabricante de discos, puede dar recitales, pero no realizar aquellas actividades que puedan suponer competencia comercial para los discos fonográficos (verbigracia, cintas magnetofónicas, etc.). El ayuntamiento que concede el restaurante en exclusiva no cumple el contrato solamente impidiendo la instala ción de otros restaurantes, sino también de aquellos otros negocios que puedan suponer competencia para el

empresario titular del restaurante (verbigracia, bares que tengan un servicio de comidas, cafetería, etc) Parece que se sigue de todo ello que la obligación puramente negativa que en virtud de la exclusiva asume el deudor, debe ser integrada con una serie de deberes accesorios o de deberes de conducta que son ya de signo positivo y que imponen al deudor la necesidad de realizar todos aquellos actos necesarios para que el acreedor disfrute, con carácter exclusivo, como debe ser por hipótesis, de la prestación convenida.

5. El interés del acreedor o beneficiario como límite de la eficacia del pacto de exclusiva (7).

Hemos visto ya con anterioridad como para la validez de las cláusulas de exclusiva se requiere que aquellas se produzcan dentro de un determinado límite objetivo, tiempo y espacio, de tal manera que sólo dentro de dichos límites la cláusula contiene una limitación tolerable de las libertades individuales. Fuera de ellos la restricción contractual de la libertad individual se hace ilícita y debe ser por consiguiente considerada como nula. En la doctrina se ha discutido también si para la validez de la cláusula

es necesario que exista un interés lícito y digno de la tutela jurídica (8).

El requisito del interés lícito y tutelable para el ordenamiento jurídico que a través de la cláusula se protege, debe contemplarse, desde el punto de vista del titular de la exclusiva o acreedor de ella. El exclusivista aparece como titular de un derecho subjetivo, el derecho de crédito, que para lo que aquí nos interesa aparece compuesto por dos facultades diversas, que son la facultad de exigir aquella limitación de la libertad (comportamiento omisivo) en que la exclusiva consiste. Pues bien, aunque nuestro derecho positivo no contenga un precepto similar al del artículo 1.174 del C.C. italiano, en virtud del cual la protección objeto de un derecho de crédito debe corresponder a un interés económico, creemos que en nuestro sistema jurídico podemos llegar a una conclusión semejante. El derecho subjetivo es una forma típica de poder social que el ordenamiento jurídico tutela en la medida en que a su través se realiza un interés lícito y merecedor de dicho amparo. Un ejercicio de aquel poder que no corresponda con un interés lícito del sujeto es un acto abusivo que debe ser declara-

do inadmisible (abuso del derecho). Aplicada esta idea a nuestro tema nos lleva a pensar que sólo en la dimensión en que exista tal "interés", la cláusula de exclusiva será válida; la falta de un interés lícito condena a la invalidez a la cláusula; la medida del interés delimita también la eficacia de la cláusula. Interés "apreciable" dice ASCARELLI, esto es, social, objetivamente apreciable...Ya que la libertad de contratar y la libertad de mercado no resultan tutelados en interés privado de los particulares, sino, propiamente, en interés general y como recuerda GORLA "el costo social del vínculo debe encontrar una justificación objetivamente apreciable. Utilización particular de esta tesis se han hecho ya, cuando se ha dicho que aún en aquellos casos en que el ámbito espacial de vigencia del contrato haya quedado indeterminado el derecho de crédito en exclusiva no puede llegar más allá del punto a donde llegó territorialmente el interés del acreedor.

6. La forma y la eficacia de la exclusiva.

Un estudio de los requisitos de eficacia de la cláusula de exclusiva nos debe llevar también a estu-

diar el problema de la forma en que debe establecerse dicho pacto para ser eficaz. En la doctrina italiana los autores se inclinan por considerar necesario que el pacto conste por escrito, si bien la exigencia del escrito es simplemente *ad probationem*, con base en el artículo 2.596 del C.C. de aquel país que establece - esta exigencia para el pacto limitativo de la libre - concurrencia. En nuestro derecho falta por completo - un precepto semejante por lo cual es necesario acudir a las normas generales. A nuestro juicio, es aplicable aquí lo establecido en el párrafo final del artículo 1.280 y por consiguiente de él se deduce la necesidad del documento escrito *ad probationem*.



CAPITULO OCTAVO  
=====

Los efectos jurídicos del Pacto de Exclusiva

1. Planteamiento del problema: efectos interpar-  
tes y efectos respecto de terceros.

El problema más importante, y ciertamente también el más grave que nos plantea la institución que estamos analizando, consiste en establecer cuáles son los efectos que pueden llegar a producir. En la introducción a estas líneas, pusimos ya de relieve, cómo en la Doctrina luchan dos posiciones.

Estas dos posiciones parecen perfectamente contrapuestas entre sí. Con arreglo a la primera de ellas el pacto de exclusiva origina únicamente una relación contractual inter partes y, como quiera que de relaciones contractuales solamente pueden derivarse derechos relativos, ya que, con arreglo al artículo 1.257 del Código Civil los contratos solo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos, el pacto de exclusiva despliega sus efectos unicamente entre las partes que lo han celebrado, pero no pueden vincular ni ser opuestos a terceras personas. Para terceras personas el pacto de exclusiva, como toda relación contractual, es algo perfectamente indiferente que ni los beneficia ni los perjudica (1). Se trata, como es claro, de una concreta aplicación del principio o dogma de la eficacia relativa de los contratos respecto a terceros, que, en el caso que nos ocupa, conduce a la conclusión de que si el deudor obligado por la exclusiva infringe el deber contenido en ésta de no contratar con terceros, solamente él asume la responsabilidad de esta infracción, sin que al tercero puedan pedírsele cuentas, ni dirigirse contra él pretensión o reclamación de clase alguna. (2).

Por el contrario, con arreglo a una segunda posición, la exclusiva alcanza también a los terceros, aun que por hipótesis no hayan intervenido en el pacto - constitutivo de la relación contractual, ni estén por consiguiente, contractualmente obligados. Entre aquí, en juego, la idea de que también los derechos de crédito, como derechos subjetivos generan frente a todos - un deber general de respeto. El tercero, que conociendo la exclusiva, la viola produce un daño o perjuicio doloso al acreedor de la misma, que debe por lo menos ser indemnizado: es la idea de la tutela aquiliana del crédito frente a sus posibles violaciones por obras de terceras personas. Aún cabría traer a colación en este punto la idea de que, en el contrato celebrado por el deudor con el tercero, en violación de la cláusula de exclusiva, se produce un supuesto de acto ilícito - contrato en daño de tercero-, del cual puede decirse que es un contrato con causa ilícita y que por consiguiente, esta característica suya debe repercutir de alguna manera en orden a su eficacia.

Finalmente, puede incluso hablarse de un contrato a favor de terceros, que permite accionar directamente contra el violador de la exclusiva que tenía expreso conocimiento de ésta (3). Veamos más detenidamente la cuestión.

2. La eficacia inter partes del pacto de exclusiva.

Que el pacto o cláusula, de exclusiva, válidamente celebrado, produce inter partes efectos jurídicos es algo que resulta evidente. - En este punto, lo que hay que discutir no es si los efectos se producen, sino cuales son estos efectos que indiscutiblemente se producen. Para la concepción que podríamos llamar clásica, el pacto de exclusiva general entre las partes lo que se ha denominado una "obligación negativa", por virtud

de la cual sobre el deudor pesa un deber jurídico de no hacer -no contratar con otros, no efectuar en favor de otros una determinada prestación- y, correlativamente, al acreedor, se le atribuye un derecho subjetivo -de crédito a la prestación negativa. Para otros autores, sin embargo, puede llegarse todavía más allá. Al admitirse que la cláusula de exclusiva es un medio o instrumento jurídico para establecer entre las partes una relación de cooperación económica en sentido vertical, ello debe compartir como consecuencia, que el deudor de la exclusiva que se integra como empresa auxiliar o como colaborador de otro tipo en la empresa del acreedor, no esté vinculado sólo por una pura obligación negativa sino que debe entenderse que asume también una serie de deberes de tipo positivo, deberes especiales de conducta nacidos sobre todo de la buena fé y el uso de los negocios y enderezado a hacer más fecundas aquellas colaboraciones económicas que entre las partes se pretende conseguir. Y esta última es, a nuestro juicio, la solución más correcta. Junto a la obligación negativa que constituye, por decirlo así, la médula de la figura en debate, existe también toda una serie de deberes especiales de conducta a cargo de las

partes para hacer posible, a través de ellos, el resultado empírico pretendido por los interesados.

Supuestas tales obligaciones -la obligación negativa, los deberes especiales de conducta- ¿cómo se hace efectivo el interés del acreedor en aquellos casos en que el deudor viola o infringe el cumplimiento de lo pactado?. Este problema tiene, como ya sabemos, dos caras o facetas diferente, pues, por hipótesis, la infracción o violación de una exclusiva requiere la complicidad de un tercero con el deudor, por lo cual la cuestión puede examinarse no sólo respecto del deudor que incumple, sino también en relación con el tercero que es cómplice de la infracción. En este momento, en que estamos examinando únicamente la eficacia inter partes del pacto, nos referiremos únicamente a la primera parte del problema, dejando para más adelante la segunda.

¿Cual debe ser entre las partes, la consecuencia de una violación del pacto de exclusiva?.

a). El deber de indemnizar daños y perjuicios.- La Doctrina entiende que la violación de la exclusiva da derecho al acreedor para exigir una indemnización de -

los daños y perjuicios que con tal motivo se le ocasione. La afirmación, en sí misma considerada, no puede - decirse que sea inexacta. Cabe, sin embargo, cuestionar si es suficiente. Ello exige, a su vez, dilucidar estas dos cuestiones: Si la acción de indemnización de daños y perjuicios constituye el único medio de que el acreedor dispone para salvaguardar su interés; en todo caso cual es el posible contenido de esta acción, dirigida a reclamar indemnización de daños y perjuicios.

¿Es la acción de daños el único medio de que el acreedor dispone para defender su derecho de crédito?. Aunque no llegue a afirmarse explícitamente, así parecen entenderlo la mayor parte de los autores. Que del incumplimiento de la obligación del deudor deriva una facultad del acreedor para que le sean resarcidos daños y perjuicios, es algo que no puede dudarse a la vista de lo que dispone el artículo 1.101 del C.C. con arreglo al cual los que incurren en dolo, negligencia o morosidad en el cumplimiento de sus obligaciones y los que de cualquier otra manera contravinieren el tenor de las mismas, tiene obligación a resarcir los daños y perjuicios causados. Ello sin embargo, no produce necesariamente la conclusión de que ésta sea la úni

ca vía de defensa del acreedor cuyo derecho ha sido - violado. Una vez más habrá que recurrir, en este punto, a las reglas generales del derecho de obligaciones. Según ellas y como es sabido, el acreedor de una obligación negativa, dispone cuando el deudor incumple la obligación y realiza el comportamiento prohibido, de una pretensión dirigida a obtener que se destruya o - que se deshaga el mal hecho a costa del propio deudor. ¿Cabe pensar, en una aplicación de esta norma al caso que ahora nos ocupa?. Es claro ya a primera vista que resulta muy difícil una estricta aplicación de semejante norma, pues en ella se prevé un supuesto en el cual el deudor violando la obligación negativa y realizando al mismo tiempo el comportamiento prohibido, concreta su actividad en un resultado material y sensible -una obra por decirlo así, o lo que el Código llama muy expresivamente "el mal hecho"-que puede destruirse o des- hacerse. En nuestro caso, en cambio, la actividad del deudor que infringe la exclusiva no es concreta en una obra material o en un resultado sensible, sino por hipótesis, en uno o varios contratos que el deudor que - infringe celebra con personas distintas del acreedor. La aplicación de la norma antes mencionada y la distin



ción del mal hecho exigiría en nuestro caso la destrucción de estos contratos. Un resultado semejante, solo puede conseguirse aceptando la premisa de que la exclusiva produce eficacia frente a terceros, tema que aún no hemos examinado y además que ésta eficacia, de la exclusiva frente a terceros conduce a la invalidez de los contratos que el deudor puede celebrar con ellos, por donde la destrucción buscada del mal hecho no sería nunca resultado de la aplicación del artículo 1.098, cuanto consecuencia de la invalidez del contrato mismo. No hay, pues, hablando rigurosamente, aplicación de la norma genérica del artículo 1.098, que permite el acreedor de una obligación negativa exigir que se destruya a costa del deudor el mal hecho por éste contraviniendo la obligación.

b). La repercusión del incumplimiento en la obligación principal.- Insertada la obligación negativa en - que la exclusiva consiste, como ya hemos dicho, dentro de una relación obligatoria de carácter duradero que - liga a ambas partes, puede cuestionarse si la infracción de la exclusiva, por el deudor constituye causa - justa para poner fin a la mencionada relación obligatoria. Prima facie considerado el problema, cabría pensar que a esta conclusión puede llegarse por aplicación

de lo dispuesto en el artículo 1.124 del C.C. de manera tal que el cumplimiento por una de las partes diese lugar a una acción, dirigida, a la resolución del vínculo contractual. ¿Cabe una resolución del vínculo contractual ex-artículo 1.124 C.C. en los casos - de infracción de la exclusiva?. A nuestro juicio, la interrogante debe ser contestada negativamente. La resolución por incumplimiento se dá en aquellas obligaciones sinalagmáticas en que cada obligación constituye la correspectiva de la otra. El incumplimiento de - una de las obligaciones permite a la otra parte resolver el contrato. Pero para ello es preciso que exista reciprocidad entre las obligaciones. Esto no ocurre en nuestro caso. La obligación negativa del deudor de la exclusiva no es la obligación recíproca de las que a - su vez haya podido asumir el acreedor. La obligación recíproca será la que haya nacido del contrato principal. Prácticamente, piénsese, además, que la resolución exige la completa restitución de las - - prestaciones ya realizadas con el fin de devolver a las cosas el mismo estado que tenían antes de celebrarse el contrato. Se comprenderá entonces que una

violación del pacto de exclusiva no puede conducir a una consecuencia de este tipo.

No hay inconveniente en admitir que la infracción de la exclusiva permite poner fin a la relación obligatoria para el futuro, pero no puede admitirse que ésta se retrotraiga hacia el pasado. En sentido estricto no hay entonces verdadera resolución, del vínculo contractual, sino una justa causa para poner fin al contrato,

De todo ello se deduce, a nuestro juicio, que la eficacia inter partes del pacto de exclusiva se concreta en una obligación negativa, cuya violación constituye justa causa para poner fin a la relación obligatoria y genera, al mismo tiempo para el acreedor, cuyo derecho queda insatisfecho, una acción para exigir daños y perjuicios.

3. La eficacia del pacto de exclusiva en relación con los terceros.- Es, probablemente, el más grave de los problemas que la institución examinada nos plantea. Si la eficacia del pacto o cláusula de exclusiva se limita a la esfera de la relación inter partes, como pretende la mayor parte de la doctrina, ello significa en la.-

práctica, privar de contenido a la figura que analizamos. Sin embargo, admitir que un negocio jurídico celebrado por dos personas puede llegar a vincular a otras que con él nada han tenido que ver y restringir de esta manera su libertad de actuación, es algo que, por sí solo, no resulta fácil admitir.

¿Por que razón, hay que preguntarse, el negocio jurídico celebrado por A y B vincula también a C, D, E etc. y restringe la libertad de estas personas?. ¿No entra aquí en juego la idea contenida en el artículo 1.257 del C.C. con arreglo al cual los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos?. Es cierta que esta regla, contenida en el artículo 1.257 del C.C. que se conoce con el nombre de dóγμα de la eficacia relativa de los contratos, reviste el carácter de un principio general del derecho. Sin embargo, también es cierto que existe un deber general de respeto a los derechos subjetivos y a las situaciones jurídicas ajenas y que quien conscientemente viole o lesione derechos de otros, debe responder de la lesión cometida y del daño que con ello le sea causado el titular del derecho. Esta idea nos permite ya

distinguir claramente dos hipótesis o supuestos distintos en la repercusión que respecto de los terceros puede producir el pacto de exclusiva: la primera de dichas hipótesis se plantea en el caso en que el tercero, C, que contribuye con su actividad a la violación de la exclusiva pactada entre A y B, es un tercero de mala fé; la hipótesis contraria será, naturalmente, cuando C es por el contrario un tercero de buena fé.

Alguna matización exige, sin embargo, el concepto de buena o mala fé. En línea de principio existe buena fé en el tercero, C, cuando este desconoce el pacto entre A y B ó el alcance del mismo para él. En la Teoría General del Derecho, sin embargo, se suele puntualizar que para que la buena fé se produzca no basta únicamente el puro hecho psicológico de la ignorancia, el desconocimiento o el error, sino que además es preciso que concurren al mismo tiempo el elemento ético de la normal diligencia del sujeto en cuestión. Con arreglo a ello, el esquema anterior había de puntualizarse diciendo que el tercero, C, es de buena fé cuando desconoce el pacto existente entre A y B y este desconocimiento no obedece a efectos de negligencia por su parte. Sin embargo, cabría preguntarse con rigurosa técnica jurídica, hasta que punto la diligencia de un buen padre

de familia o de un ordenado comerciante impone este conocimiento en el tercero, C, y si por el contrario, no es - como parece más probable contenido de la diligencia del - interesado acreedor A, poner en conocimiento de los terceros el hecho de la exclusiva. Pues bien, fieles a la técnica, podemos decir la buena fé de los terceros y su desconocimiento de los pactos establecidos entre A y B debe presumirse mientras la parte interesada, A, no haya cumplido la carga de dar a la exclusiva la necesaria publicidad. El matiz es importante. No sostenemos que haya que notificar al tercero, ni utilizar los medios jurídicos formales para producir la seguridad de su conocimiento. Creemos que basta la diligencia normal de "hacer publicidad" de la existencia de la exclusiva. Esta será en el mundo de hoy la diligencia del ordenado comerciante. Por publicidad en tendemos la difusión de la existencia y mínimo contenido de la exclusiva entre los concurrentes o empresarios relacionados con la actividad económica afectada, siempre que se realice a través de los medios normales. De este modo, puede llegarse al convencimiento de que las empresas "sa- ben" que A concedió la exclusiva a B, porque la información de las actividades de sus competidores es una de las armas más eficaces de la vida comercial. Presumir ignorancia es ignorar la realidad económica.

Admitamos ahora, provisionalmente, como hipótesis de trabajo que el pacto o cláusula de exclusiva produce sus efectos en la esfera jurídica del tercero, vinculándole en el sentido de imponerle un deber de respeto a la situación jurídica creada por las partes. Cabe entonces preguntarse cual debe ser la consecuencia de la infracción de este deber por el tercero. En nuestra jurisprudencia y en nuestra doctrina se ha admitido, - aunque no sin dificultad, que el tercero causa un perjuicio al derecho de crédito del contratante, concesionario de la exclusiva, y que por ello viene obligado a indemnizar los daños y perjuicios que con su conducta ocasione al titular del derecho. Es esta, sin embargo, según las voces más autorizadas, una forma de responsabilidad aquiliana o extracontractual, que en nuestro derecho tendría su fundamento en el artículo 1.902 del C.C.; El que por su acción u omisión causa daño a otro interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado. El problema mas importante de este deber de indemnizar los daños y perjuicios causados, que pesa sobre el tercero que perjudica el derecho de crédito, es la manera como se compatibiliza con el correlativo deber de indemnizar que ha de pesar también sobre el otro contratante, pues por hipótesis normal,

el acto causante del daño será un acto bilateral del que son coautores uno de los contratantes y el tercero. Ello plantea el problema de coordinar ambas res-ponsabilidad. Nuestra jurisprudencia ha señalado que, tratándose de responsabilidad que se deriva de causas distintas puesto que la primera nace del incumplimiento de una obligación contractual, mientras que la se-gunda, según habíamos visto, es una responsabilidad extracontractual o aquiliana, no puede existir un víncu-lo de solidaridad que obligue a ambos deudores de la, - deuda indemnizatoria y no cabe duda de que esta afirmación tiene un fundamento vigoroso en la manera como - nuestro C.C. configura la solidaridad en los artículos 1.137 y siguientes. Pero tampoco puede hablarse, a nuestro juicio, de mancomunidad, en el sentido de establecer la regla "concursum partes fiunt". Más bien habrá que - pensar que se trata de dos deudas independientes, cada una de ellas con su propio contenido y su propio de--ber o sujeto pasivo, el problema de coordinación con--siste en establecer la medida de cada una de las res-pectivas responsabilidad, pues la deuda tiene, como - es evidente, un puro carácter indemnizatorio y no pue--de producir en el patrimonio del acreedor otra cosa - que una reparación de los daños, es decir, un resta--blecimiento de aquella situación de menoscabo en que



el daño haya consistido. Se quiere decir con ello que el hecho de tener dos deudores y dos créditos indemnizatorios en ningún caso pueden servir para que el acreedor se enriquezca. Habrá, pues, que medir en cada caso, atendiendo las circunstancias, la participación que en el daño hayan tenido cada uno de sus actores.

La indemnización de daños y perjuicios es, como decíamos, la primera y más clara de las consecuencias jurídicas que produce la infracción de la exclusiva por obra de una tercera persona. Cabe, sin embargo, preguntarse también si es esta la única consecuencia jurídica que la infracción produce. Si la exclusiva genera en el tercero que la conoce un deber de respeto de la situación jurídica económica en que se encuentra el titular del derecho, cabe pensar que éste debe disponer de alguna medida que tienda a restablecer la situación existente con anterioridad al momento en que la infracción se produjo. Ahora bien, esta idea nos tendría que llevar de la mano a pensar que, como quiera que la infracción se produce por obra del nuevo contrato, la restitución de la situación anterior únicamente puede conseguirse mediante la ineficacia de este nuevo contrato, lo que exigiría atribuir al perjudicado una acción dirigida a provocar la anu-

lación o la declaración de ineficacia de este nuevo contrato. Cabe aquí traer a colación la idea del "contrato en daño de tercero" recientemente estudiado entre nosotros, (4). Ahora bien ¿cual puede ser el defecto que vicia este contrato y que le hace quedar sometido a la acción de impugnación?. Evidentemente, este contrato causa, según hemos visto ya, daños a un tercero, titular de la exclusiva, pero no puede decirse sin más que haya sido celebrado con el exclusivo fin, con la única intención y con el solo propósito de causar este daño. Cuando los contratantes se ponen de acuerdo y celebran su contrato en nuestra hipótesis, son conscientes de que con ello violan la exclusiva y le causan un daño al titular de ésta, pero el contrato no se celebra para conseguir este fin. Lo normal es que los contratantes busquen a través del contrato el logro de sus intereses, no obstante dañar con ello al tercero. Planteado el problema, pues, en estos términos, no parece posible atribuir a semejante contrato un vicio casual que lo haga nulo por tener una causa (fin) ilícito o contrario a las buenas costumbres.

Tampoco parece posible en el sistema de nuestro derecho positivo, pensar en un remedio semejante a la rescisión. Es ciertos que los contratos se rescinden en casos en que se ocasiona un perjuicio a un tercero y que en estos casos la acción rescisitoria se concede al tercero perjudicado. El supuesto típico es, naturalmente, la rescisión por fraude de acreedores: el acreedor perjudicado por el acto traslativo que su deudor realiza con un tercero adquirente de los bienes, dispone de una acción para pedir la rescisión de ese contrato en el cual él no ha sido parte y que por ello le perjudica en sus intereses. Ahora bien, es éste de la rescisión por fraude de acreedores el único caso en que nuestro derecho positivo admite claramente la acción de impugnación de un tercero perjudicado por el contrato celebrado por otras personas. No parece, en línea de principio, posible tratar de aplicar este esquema, que nuestro C.C. establece en los artículos 1.111 y 1.291, 3º, a los contratos celebrados con violación de una exclusiva. Ni la más generosa interpretación extensiva o analógica puede pretender equiparar los términos de "fraude de acreedores" a "violación de exclusiva", aunque en esta última existe un

perjuicio para el derecho de crédito del titular de la exclusiva. La idea de "fraude de acreedores" tiene en nuestro derecho una configuración muy restringida: significa que el perjuicio fraudulento que el acreedor - sufre consiste en que no puede de otro modo cobrar - aquello que se le debe. Más claramente: "fraude de - acreedores" significa creación intencional o dolosa - por el deudor de una insolvencia que imposibilita el - ejercicio de la acción del acreedor. Es obvio,, por - consiguiente, que en estos términos la idea de "viola- ción de exclusiva" no puede recondicionarse a la de - "fraude de acreedores".

Para poder fundar en nuestro Derecho positivo una acción rescisoria del titular de la exclusiva, que le permitiera impugnar el contrato celebrado por otra persona con violación de sus derechos habría que admitir, lo que no resulta fácil, que un principio general del derecho otorga una acción impugnatoria a todo perjudicado por el contrato que otros celebren. Desde esta perspectiva podría pensarse que la rescisión por fraude no es más que un caso de aplicación de aquel principio, - históricamente el primero, en la práctica el más impor-

tante si se quiere y desde luego el que por ambas razones ha conseguido una institucionalización mayor. Pero puede pensarse que no debe ser el único caso de aplicación de aquella idea y que una jurisdicción evolutiva debe sacar conclusiones del principio general, si éste llega a ser constatado como tal.

En otro terreno, sin embargo, cabría cuestionar - acerca de la procedencia o mejor aún de la conveniencia de una acción rescisitoria para proteger los intereses que se trata de tutelar, esto es, el interés del titular de la exclusiva, pues acontece que este interés no queda suficientemente tutelado con la pura declaración de que el contrato que viola la exclusiva es ineficaz. Para conceder una protección adecuada es necesario algo más: que el resultado empírico a que haya dado lugar la conducta de prestación observada en cumplimiento del contrato celebrado puede desaparecer. Volviendo a nuestro repetido ejemplo sería necesario - que B, que se obligó a comprar en exclusiva a A y que - sin embargo a comprado también a C la mercancía de que se trata, se deshaga de esa mercancía comprada; que - cuando la cantante que se comprometió a grabar en ex--

clusiva los discos con la empresa X ha incumplido el contrato efectuando grabaciones también con la empresa Y, los discos fabricados por ésta última no pueden llegar a ser vendidos en el mercado; y que cuando el arrendador A que alquiló un local determinado a su arrendatario B conviniendo que el negocio que en él se instalaba sería el único de aquella clase en toda la nueva urbanización por él construida y que sin embargo después celebró un nuevo contrato de arrendamiento con C que instaló un negocio de la misma clase, puede impedir este resultado. Parece, por consiguiente, bastante claro que la titular del interés del exclusivista solo se consigue cuando a la acción de rescisión del contrato que viola su derecho puede unirse una acción de cesación del resultado económico que le es perjudicial.

4. Los supuestos típicos de violación de la exclusiva por terceras personas.-Examinado en las líneas anteriores con carácter general el problema de la posible repercusión de la violación por terceros del derecho de exclusiva, en relación con el problema más general, estudiado por la dogmática jurídica, del perjuicio del derecho del crédito por obra de una tercera persona ajena

a la relación obligatoria, conviene ahora que para concluir este tema estudiemos los que podrían llamarse - supuestos típicos de violación de la exclusiva por obra de terceros. Según señala PLAISANT (5) estos casos son substancialmente dos: el primero de ellos se plantea - cuando existen varios concesionarios exclusivos, cada uno de los cuales tiene asignada su propia zona o su propio territorio y se produce una invasión de esta zona o territorio por alguno de los concesionarios; el - segundo caso es el que se denomina "importadores paralelos".

a). Pluralidad de concesionarios e invasión de zona.-

El primero de los supuestos típicos de violación de la exclusiva, según acabamos de decir, se produce cuando existiendo varios exclusivistas cada uno de -- ellos con una zona de exclusiva perfectamente delimitada, cualquiera de ellos invade la zona asignada a los demás. En este supuesto, a nuestro juicio, no cabe duda de que el invasor de la zona asignada en exclusiva a otra persona, comete un acto ilícito y debe - responder de los daños y perjuicios que con ello ocasiona. La cuestión aparece clara, si se observa que.-

en un supuesto como el descrito, el invasor de zona infringe la ley del contrato que le liga al concedente. La cuestión radica entonces en averiguar si esta infracción contractual permite solo el ejercicio de una acción de resarcimiento por el concedente de la exclusiva, que es la persona que ha contratado con él o si permite también una acción directa del otro exclusivista, que es quien vé en realidad perjudicados sus derechos, Para mayor claridad, puede pensarse en la hipótesis siguiente: Un productor o fabricante A, tiene dos distribuidores exclusivos en el territorio nacional, B y C, a quienes asigna respectivamente la zona Norte y la zona Sur de la Península. C, distribuidor exclusivo para la zona Sur vende los productos que adquiere de A, también en la zona Norte asignada en exclusiva a B. No hay duda, como hemos dicho ya, a nuestro juicio, de que en la hipótesis descrita C infringe el contrato que le liga con A y este hecho permite a A reaccionar frente al incumplimiento y poner en marcha aquellas medidas que en cada caso corresponda; vgr. indemnización de daños y perjuicios o resolución o denuncia del contrato. El problema radica a nuestro juicio, en determinar si B, que vé inva-



dida la zona que tiene asignada en exclusiva y que ve por consiguiente perjudicados sus derechos, puede a su vez dirigir su acción directamente contra C. La solución afirmativa puede fundarse en la idea de que el contrato celebrado con A por C, contiene una estipulación en favor de B: aquella por la cual C se obliga a abstenerse de vender en la zona Norte. De esta manera cuando B dirige su acción directamente sobre C lo hace porque se encuentra facultado para ello por virtud de la referida estipulación que ha sido establecida a su favor. Este tesis tiene en nuestro derecho un sólido apoyo en la doctrina que ha mentenido últimamente la Setencia del T.S. de 27 de marzo de 1962. Con anterioridad, la Setencia de 29 de octubre de 1955, aunque no se produjo en este punto con la necesaria claridad, admitió también que en los casos de invasión de zona exclusivista cuya zona se vé invadida disponía de una acción de indemnización de daños y perjuicios sobre el tercero que "a pesar de que le ha sido manifestada la prohibición, ha revendido la mercancía en la zona reservada".

Frente a esta tesis algún sector de la doctrina y de la jurisprudencia extranjera ha sostenido que la

invasión de zona no constituye falta contractual, en la relación de los exclusivistas de zona entre sí, fundándose sobre todo y llevando a sus últimas consecuencias el principio de la eficacia relativa del contrato. Sin embargo, la idea de que los contratos solamente surten su efecto entre las partes que las otorgan y que por el contrario no vinculan a los terceros, queda en nuestro caso superada por el hecho de que los diversos contratos de exclusiva celebrados con sus exclusivistas por un único fabricante a A, forman entre sí un cuerpo de negocios estrechamente coligados, pudiendo entenderse como hemos dicho, que en cada uno de ellos se contiene una estipulación en favor de tercero: la que impone a cada exclusivista el deber de abstenerse de contratar en la zona reservada a los demás.

b). Las llamadas importaciones paralelas en zona de exclusiva. El segundo caso es como decíamos el - que viene denominándose en la doctrina mercantilista importaciones paralelas, al que conviene dedicar alguna atención. El supuesto ha sido objeto de una viva polémica sobre todo en Italia, en los últimos años, -

donde la doctrina aparece profundamente dividida. En favor de la licitud de las importaciones paralelas - en zona de exclusiva se pronunciaron FRANCESCHELLI - (6), GRAZIANI (7), LA LUMIA (8) y CARNELUTTI (9). En pro de la ilicitud, sobre todo por considerar que el acto es constitutivo de concurrencia desleal, opinaron GRECO (10), LUZZATTO (11) y PERETTI GRIVA (12). La doctrina y la jurisprudencia francesa aparece también falta de una idea uniforme y de un criterio claro. Según expone PLAISANT (13) una sentencia del - Tribunal de Paris, de 22 de junio de 1960, ha entendido que si el contrato de exclusiva había sido objeto de publicidad, de tal manera que los terceros tenían que conocerlo, la venta al público por un tercero de los productos objeto de la exclusiva constituye un acto de concurrencia desleal. Aunque entre los autores franceses esta cláusula no ha suscitado vivas razones algún sector de la doctrina discrepa de él.

Conviene que examinemos la cuestión con algún detenimiento. El problema se plantea esencialmente - en el comercio internacional, aunque puede plantearse también, naturalmente, en el comercio interior de

un solo país. Como caso directivo puede valer sin embargo un supuesto pensando sobre el comercio internacional el fabricante A, que dentro de su propio país vende sus productos a través de una red de almacenistas o mayoristas, concede para los países extranjeros exclusiva de distribución a comerciantes de cada uno de aquellos países (por ejemplo B y C en Francia y en España, respecto de un fabricante alemán). Otros comerciantes españoles (D, E, F, etc.) compran los productos de A directamente a los mayoristas a quienes éste los vende en su propio país. La exclusiva concedida por A a C, queda de esta manera violada por la compra efectuada a los mayoristas por D, E y F, la cuestión radica en averiguar si, en nuestro ejemplo C, dispone de una acción dirigida al resarcimiento de daños y perjuicios directamente contra D, E o F. En principio puede afirmarse que C, en la hipótesis descrita, puede reclamar contra A. probando que A no ha hecho todo lo necesario para que su exclusiva sea respetada y que las importaciones paralelas tienen su causa o su origen en una conducta culposa o negligente de A. Por su parte, A, puede también demandar a los almacenistas o mayoristas a quienes ha vendido, -

siempre y cuando, como es de suponer, en el contrato de venta o de suministro que con tales mayoristas realizó haya insertado una cláusula por la cual éstos - queden impedidos para exportar sus productos al extranjero. Todavía más por un razonamiento semejante al - que hemos utilizado en el apartado anterior, puede admitirse que el exclusivista C tiene una acción para - dirigirse directamente contra los mayoristas de A, entendiendo que la cláusula antes mencionada (prohibición de exportación) comporta una estipulación en favor de terceros.

Mucho más difícil es tratar de encontrar un fundamento jurídico a una acción directa de C contra los importadores paralelos, es decir D, E o F, pues en principio, estos importadores paralelos no se encuentran ligados por ninguna obligación contractual que les prohíba vender con ninguna persona. Aunque conozcan el derecho de exclusiva de C, tampoco puede decirse sin más que pese sobre ellos un deber de abstención como consecuencia de su deber de respetar el derecho de crédito. Aunque las importaciones paralelas no convengan a los intereses de C, no puede tampoco decirse sin más que sea contratos celebrados para -

perjudicar o dañar a éste. La finalidad buscada por los importadores paralelos no es tanto el perjuicio de C como su propio lucro o beneficio. No parece por ello que pueda ponerse en mucho frente a los importadores paralelos una acción para exigirles responsabilidad extracontractual. Un argumento para fundar la responsabilidad de los importadores paralelos puede encontrarse en la idea de que estos aprovechan indebidamente las campañas de publicidad, de creación de clientela y prospección de mercados que puede haber hecho ya C. En estos casos sus propias ventas vienen favorecidas por la anterior actividad del exclusivista de la que ellos como parásitos se aprovechan indebidamente, naturalmente más sin tener que soportar los gastos que estas campañas o actividades han dado lugar. Solamente en esta idea, a nuestro juicio, puede encontrarse fundamento una acción por competencia desleal. Obsérvese, sin embargo, que en tal caso la medida del resarcimiento no debe ser tanto el beneficio dejado de obtener por el exclusivista C como el aprovechamiento indebido de los gastos realizados para la promoción de la venta.

CONCLUSIONES

=====

## C O N C L U S I O N E S

### I

Se denomina cláusula o pacto de exclusiva a una disposición negocial típica, que puede insertarse en contratos de la más diversa índole y que tiene por objeto y por finalidad proporcionar a una de las partes contratantes una situación de monopolio en vista de lo cual esta sea la única facultad para aprovechar todas las posibles prestaciones de idèntica naturaleza y contenido que la otra parte pueda realizar. Gráficamente, sin sentido técnico puede afirmarse que monopoliza dichas prestaciones.

Ello se consigue imponiendo a una de las partes - contratantes la obligación de no realizar o de no recibir prestaciones de la misma naturaleza y contenido - en favor de persona distintas de aquella con la que el contrato ha sido celebrado.



## II

Los pactos o cláusulas de exclusiva pueden insertarse en los contratos de compraventa y de suministro, en los contratos de cesión de uso, en los contratos de crédito y en los contratos de servicios (agencia, representación, comisión, mandato).

## III

Las exclusivas pueden ser simples o unilaterales y dobles o bilaterales. La exclusiva es simple cuando solamente una de las partes contratantes asume el compromiso de no realizar en favor de terceros o de no recibir de terceros prestaciones idénticas a la convenida con el otro contratante. La exclusiva es doble cuando ambas partes quedan vinculadas recíprocamente a no realizar en favor de terceros o a no recibir de terceros prestaciones idénticas a las entre ellos convenidas.

## IV

Desde un punto de vista estrictamente económico pueden distinguirse las exclusivas que inciden en la órbita de la producción y distribución de los bienes de aquellas otras exclusivas que inciden en la órbita

de la prestación de servicios económicos. La primera de estas especies puede caracterizarse genéricamente como venta o suministro en exclusiva. La segunda puede englobarse bajo la rúbrica de servicios en exclusiva.

Económicamente, también, es de gran importancia la distinción de las exclusivas según que las empresas vinculadas se encuentren en un plano horizontal -productoras de bienes análogos- o en un plano vertical. En este último caso, la exclusiva es, normalmente, un medio de cooperar en el proceso de distribución o venta de productos.

V

En un sentido amplio son también exclusivas -aquellas convenciones que tienden a proporcionar a una persona una situación de exclusividad en el disfrute de bienes inmateriales (patentes de invención, industrial, marcas, etc.) o en el disfrute de determinada cualidad económica de los bienes, como es su utilización en un determinado destino.

## VI

Las cláusulas de exclusiva pueden cumplir finalidades empíricas de signo muy diverso y dirigirse a obtener resultados heterogéneos, como pueden ser la comercialización de productos industriales, el aprovisionamiento de materias primas, la creación de redes o de canales de distribución para productos fabricados o la cooperación o representación económica entre empresarios que ocupan escalones diversos en el ciclo económico.

Con carácter general, sin embargo, la exclusiva incide siempre dentro de un fenómeno concurrencial. - Por hipótesis, la cláusula produce o tiende a producir el resultado de impedir que existan otros posibles acreedores de una prestación idéntica del mismo deudor. Por ello, se encuentra intimamente ligada con el régimen jurídico sobre limitación de la competencia mercantil.

## VII

Como consecuencia de la conclusión anterior, puede decirse que las cláusulas o pactos de exclusiva se

insertan siempre en contratos en que una de las partes es un empresario mercantil. No es, sin embargo, necesario, aunque suele ser frecuente, que ambas partes sean empresarios. En todo caso, el hecho de que una de las partes haya de ser siempre un empresario mercantil sitúa a la figura estudiada plenamente dentro del campo de los contratos mercantiles.

### VIII

La validez de los pactos de exclusiva se encuentra en función de la disciplina normativa que regula los pactos limitativos de la libre concurrencia. Ha dado por ello lugar a graves dificultades, aun no resueltas, en los ordenamientos jurídicos europeo y anglo-americano, así como en el Derecho de la Comunidad Económica Europea.

La conclusión que parece más probable, por lo que al último aspecto se refiere, es que los contratos de suministro con exclusiva pueden chocar con la prohibición del art. 85 del Tratado de Roma siempre que afecten al comercio entre los Estados miembros y produzcan

como efecto una restricción de la competencia dentro del Mercado Común.

### IX

La validez de los pactos de exclusiva en el derecho español se fundamenta en el principio general de libertad de contratación (art. 1.255 del C.C.). Los contratos de suministro con exclusiva pueden, sin embargo, en ocasiones ser invalidados por aplicación de la Ley de 20 de julio de 1963 sobre represión de las prácticas restrictivas de la competencia. Por regla general no puede decirse que las exclusivas choquen con dicha ley, pero es necesario admitir que, en ocasiones concretas, un contrato entre empresarios con cláusula de exclusiva, puede estar dirigido a intentar alguna de las finalidades que la mencionada Ley considera prohibidas, especialmente abuso de posición dominante. En tal caso deberá recibir la sanción de nulidad impuesta por dicha Ley.

### X

Desde el punto de vista de su naturaleza jurídica el pacto de exclusiva constituye una disposición nego-

cial y es, por consiguiente, una parte del contenido de un negocio jurídico, que no puede ser encasillado dentro de la rúbrica de las "determinaciones accesorias de la voluntad".

El pacto, por sí solo, no constituye un negocio jurídico autónomo e independiente. De la misma manera no puede decirse que convierta al contrato en - que se inserta en un contrato mixto o en un contrato complejo.

## XI

El pacto de exclusiva genera siempre, esencialmente, una obligación negativa, que consiste en la obligación de no recibir de terceras personas una determinada prestación.

La obligación negativa puede al mismo tiempo concurrir con otras obligaciones de tipo positivo, deberes sobre prestaciones accesorias o deberes especiales de conducta, pero ello no es necesario.

## XII

La cláusula de exclusiva debe tener siempre un límite temporal. Su duración será, en principio, la que las partes hayan señalado, siempre y cuando tal duración no deba considerarse excesiva de acuerdo con las exigencias de la moral y del orden público.

En todos aquellos casos en que las partes no hayan establecido la duración temporal de la cláusula - o cuando la duración deba considerarse excesiva, las partes disponen de una facultad de denuncia o de res-cisión del vínculo contractual y pueden por consiguiente poner fin al mismo.

## XIII

Constituye también límite de la eficacia de los pactos o cláusulas de exclusiva la zona o área geográfica a que el contrato haga referencia, En todo caso, el derecho de crédito en exclusiva no puede llegar más allá del punto donde llegue territorialmente el interés del acreedor. Como por hipótesis, el acreedor en - exclusiva es un empresario mercantil, el contrato solo deberá surtir sus efectos dentro del expreso territorio

a que se extiende o a que razonablemente puede entenderse que se extiende el ámbito de acción de la empresa - del acreedor.

#### XIV

La cláusula de exclusiva debe responder a un interés objetivamente lícito y tutelable del acreedor. Un ejercicio de los derechos derivados de la cláusula que no se corresponda con un interés lícito, es un acto abusivo que debe ser declarado inadmisibile. Por consiguiente, la medida del interés tutelable del acreedor determina siempre la eficacia de la cláusula y en particular el alcance objetivo de las prestaciones que por virtud de ella le quedan prohibido al deudor.

#### XV

Un pacto o cláusula de exclusiva válidamente celebrado, produce inter parte plenos efectos jurídicos, Por consiguiente, la violación de las exclusivas dá siempre derecho al acreedor para exigir del deudor una indemnización de los daños y perjuicios que con tal motivo se le ocasione. Igualmente, cuando la exclusiva se inserte en una relación obligatoria de carácter duradero, la infracción de la exclusiva por el deudor consti-



tuye una justa causa para poner fin, denunciar o resolver la mencionada relación obligatoria.

## XVI

Por regla general, debe entenderse que el derecho de exclusiva, válidamente constituido, debe ser respetado por los terceros ajenos al contrato y que por consiguiente el tercero que conscientemente falte a dicho deber de respeto asume una responsabilidad. Debe presumirse conocimiento en el tercero tratándose de empresas en situación de competencia cuando la titular de la exclusiva haya realizado publicidad comercial idónea, alegando tal cualidad.

Esta responsabilidad es plena en todos aquellos casos en que se produce una invasión de zona entre diversos concesionarios en exclusiva. En el supuesto típico conocido con el nombre de "importaciones paralelas en zona de exclusiva" debe entenderse que el importador paralelo viola la exclusiva en la medida en que haya obtenido un enriquecimiento ilícito debido únicamente a la previa actividad del concesionario.

N O T A S

NOTAS A LA "INTRODUCCION"

(1). Son frecuentes en la práctica en varios contratos -dice Ascarelli- cláusulas de exclusiva, es decir, aquellas cláusulas mediante las cuales el titular de una empresa se obliga a no ceder (nótese que -- también estos pactos están caracterizados por el -- carácter omisivo del vínculo) los propios productos o servicios más que a sujetos determinados o bien aquellas en las que un empresario que ejerce una actividad auxiliar o un trabajador se obligan a no prestar los propios servicios más que en favor de un determinado empresario, o bien un consumidor o un empresario se comprometen a no procurarse determinados productos o servicios más que a través de un determinado empresario. ASCARELLI, Teoría della concorrenza. 2ª edic. Milán, 1957, pág. 75.

(2). "En su aspecto negativo ésta cláusula -dice Garrigues- tan frecuente en el comercio moderno representa una limitación a la libertad contractual al imponer al concedente de la exclusiva la obligación de

no celebrar una determinada clase de contratos con persona distinta del concesionario". "En su aspecto positivo -añade el citado autor- la cláusula representa un incremento del patrimonio del beneficiario (los subrayados son nuestros) al adquirir este una posición de monopolio en el sentido de que sólo él tiene derecho a obtener contratos y prestaciones - que de no mediar la exclusiva también otros podrían obtener. Desde el punto de vista económico este aspecto positivo es el más importante, al eliminar - competidores y asegurar un mercado al concesionario de la exclusiva. En cambio, el aspecto negativo es el que tiene mayor realce en el campo del derecho". GARRIGUES, Estudios sobre la compraventa mercantil, en R.D.M. nº 80, abril-junio 1961, pág. 308 y ss.

- (3). Sobre la "exclusividad" como característica de la propiedad de los derechos reales, vid. GINOSSAR, - Propriété, droit réel, créance, Paris, 1960, págs. 32.56, 61.
- (4). En verdad, es obvio que los pactos de exclusiva de un lado se concretan en limitaciones a la libertad

de contratar de las partes, y del otro tienden a -- precluir el juego normal de la libre competencia. - Nuestro ordenamiento que quiere tutelar la libertad de contratos, quiere, también, tutelar el funcionamiento de una libre competencia. ASCARELLI, Patti di esclusiva. Parere pro veritate emitido en 1955 y publicado en la Riv. dir. ind. 1959, I, pág. 7.

- (5). Comp. por todos. PLAISANT, Les contrats d'exclusivité. Rev. Trim. Droit Comm. 1963 y GUGLIELMETTI, Limiti negoziali della concorrenza. Padova, 1961.
- (6). Vid. especialmente RUBINO, La compravendita. Milán, 1950, p. 270 y ss. (En el Trattato di diritto civile de CICU-MESSINEO) y CORRADO. La somministrazione. - 1954 (en el Trattato di Diritto Civile, VASALLI).
- (7). Su importancia económica es evidente. Aun cuando un estudio económico completo no ha sido todavía hecho, se sabe que estas cláusulas son extraordinariamente frecuentes y que en algunos sectores de la actividad industrial constituyen la regla general (op. PLAISANT op. y loc. cit. pág. 1, quien cita como ejemplo en Francia la industria del automóvil). La preocupación

hoy dominante en toda Europa en torno a la aplicación o no aplicación de las referidas cláusulas de las disciplinas normativas sobre represión de prácticas restrictivas de la libre concurrencia. (op: infra cap. IV) muestra hasta que punto los problemas prácticos que éstas cláusulas plantean están intimamente ligados con los problemas de la concentración del poder económico y con la teoría general de la competencia.

(8). Ver Indice bibliográfico

(9). Ver Defensa en Cortes del Estatuto de la Publicidad (B.O. Cortes Españolas nº 845) y Reglamento del Registro General de Publicidad, aprobado por Orden de 5 de abril de 1.965. (B.O.E. 19 abril).

- (10). Sobre la distinción entre tipicidad legislativa y tipicidad económica social, Vid. JORDANO, "Los contratos atípicos". Rev. Gral. Leg. y Jur. Los contratos atípicos desde el punto de vista legal pueden gozar, según este autor, de una tipicidad social individualizada por obra del uso (costumbre) o de la prudentia iuris, oficial (jurisprudencia - del T.S.o de la Dirección General de los Registros) o no, (opinión de los jurisconsultos, doctrina - científica).

La distinción entre tipicidad legislativa y tipicidad social procede de BETTI "Per la riforma del Codice civile in materia patrimoniale" (Rendiconti Istit. Lomb. 1940-41, 328 y de GRASSETI "L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti" Padova 1938 -67-78. La tipicidad social es aquella que tiene como base - las concepciones dominantes en la conciencia social y se individualiza por obra de la doctrina, mientras que tipicidad legislativa es aquella que tiene por base un esquema fijado mediante una calificación - técnica legislativa y se individualiza por obra de la legislación. Sobre ello MESSINEO "Contratti", Mi

lano 1961, pág. 210.

- (11). Sobre las cláusulas generales es clásica la obra de HEDEMANN "Die Flucht in den Generalklauseln". Se ocupa del tema también con especial detenimiento ENGISCH, Einführung in das juristische Denken, - Stuttgart, 1965.
- (12). Véanse por todos las obras de LARENZ: Methodenlehre der Rechtswissenschaft. Berlin, 1960.- ESSER: Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung der Privatrechts.MOhr. Tübingen 1956.- ENGISCH: Einführung in das juristische Denken. Stuttgart 1965.- ZIPPELIUS: Das Wesen des Rechts. Berk. München 1965. VIEHWEG: Topik und Jurisprudenz, Munich, 1963.



NOTAS AL CAPITULO PRIMERO

- 1). La Sociedad demandante, pedía en su demanda, entre otras cosas, que se declarase nula la segunda venta de los derechos de impresión fonográfica que de su canto había hecho Raquel Meller a la Compañía Española de Gramófono; que ésta venía obligada a entregar a la actora los originales y discos producto de la impresión ilegal para ser utilizados y que se condenara a ambos demandados a indemnizar solidariamente a la demandante los daños y perjuicios que con tal motivo se le habían ocasionado.

La Audiencia de Barcelona dictó sentencia, acogiendo íntegramente las peticiones de la demanda y la Compañía Española del Gramófono interpuso recurso de casación por infracción de la Ley, que se articulaba a través de cuatro motivos: en el primero de ellos se alegaba la infracción del artículo 1.257 del Código Civil en cuanto que éste ordena que el contrato solo produce efecto entre

las partes que lo otorgan y la sentencia recurrida hace extensiva a la Sociedad recurrente las obligaciones contraídas por Doña Francisca Márquez, porque era ilógico, a su juicio, deducir de la obligación contractual de no hacer que adquiría esta artista, que la Compañía recurrente viniera obligada también a abstenerse, no habiendo sido parte en el contrato, ni habiendo contraído obligaciones alguna en tal sentido. En el motivo segundo alegaba la Sociedad recurrente interpretación errónea del artículo 1.445 y falta de aplicación del 1.544, por declarar nula la llamada segunda venta del derecho de impresión fonográfica. En el motivo tercero, se alegaba la infracción del artículo 1.227 del Código Civil por entender que una cosa es que la fecha del documento privado fuera fehacientemente respecto de terceros y otra cosa distinta que el tercero quedara obligado por el documento. En el cuarto motivo, se alegaba la infracción del artículo 1.137 del Código Civil al ser condenadas ambas demandas solidariamente a pagar la indemnización, pues la so-

lidad a juicio del recurrente no podía en ningún caso presumirse.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la Compañía recurrente por los motivos segundo y cuarto y en cambio lo desestima por lo que se refiere a los motivos restantes. Como consecuencia de ello casa y anula la sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona tan solo en cuanto a los pronunciamientos a que los referidos motivos segundo y cuarto se refieren, es decir, es modificada en definitiva la sentencia que se había dictado para entender en primer lugar que no se debía proceder a declarar la nulidad de la llamada segunda venta del derecho de impresión fonográfica y en segundo lugar que el deber de indemnizar daños y perjuicios, que recae tanto sobre la cantante como sobre la Compañía del Gramófono, no es solidaria.

El Tribunal Supremo desestimó los motivos en que se citaban como infringidos los artículos 1.257 y 1.227 del Código Civil. Cuando se condenó a la Compañía del Gramófono a indemnizar a la actora daños y perjuicios ésto no se hizo porque se entendiera que el contrato debía surtir efectos

para terceros, sinó porque la Sociedad demandada ocasionó unos perjuicios "por culpa o negligencia voluntaria, en actos colectivos que realizaron los demandados en esta litis".

Así como la responsabilidad de doña Francisca Márquez procedía de una infracción contractual, en cambio, la Compañía del Gramófono había incidido en una responsabilidad civil extracontractual, pero exigible con amparo de lo dispuesto en el artículo 1.902 del Código Civil.

- (2). La exposición realizada tendrá preferente carácter descriptivo. Se pretende enumerar parte de la rica gama de posibilidades del pacto de exclusiva, sin intentar una determinación exhaustiva de sus finalidades.
- (3). GARRIGUES, Estudios sobre el contrato de compra-venta mercantil, pág. 308 y ss. Véase también - las consideraciones que hacemos posteriormente en el texto, que afirman que también en este su

puesto se da una relación duradera.

- (4). RUBINO (La compravendita, Milán, 1950), afirma que aplicada a la venta, "tal cláusula importa que el vendedor, vendiendo una cantidad no determinada de mercancía, se obliga a no vender a otros mercancías de aquel tipo dentro de una determinada zona; o bien que el comprador se obliga a no adquirir de otros mercancías de - aquel tipo dentro de una determinada zona. Esta zona es normalmente aquella en que tanto - el vendedor como el comprador, ejercen su normal actividad en la venta y en la adquisición de aquel tipo de mercancías, ésto es, aquella parte en que ambas zonas coinciden, que es por ésto, en definitiva, la menor de las dos. En suma, el vendedor tiene interés en acaparar a aquel comprador, o bien el comprador tiene interés en acaparar a aquel vendedor.

Las construcciones propuestas de la figura son varias: contrato mixto, venta con mandato - institorio, contrato preliminar de más ventas - definitivas, venta (definitiva) con cláusula - accesoria de exclusiva, suministro, etc."

- (5). GARRIGUES, op. y loc. cit. pág. 308 y ss.
- (6). De ahí, señala FERRI, la distinción entre la hipótesis en la que el vínculo se estipula con la cláusula "según las necesidades" (nach Bedarf) de aquella en la que está prevista la cláusula de exclusiva. (En contra CORRADO que sitúa ambos supuestos en el mismo plano). En la primer hipótesis puede el obligado subvenir a los propias necesidades con la producción propia. En la segunda, esta última posibilidad, debe estar expresamente prevista en el contrato. FERRI, Voz exclusiva. Nov.dig. pág. 692.
- (7). Sobre el concepto de representación económica véase FERRI (Giuseppe) (Esclusiva, Patto di), Novissimo - Digesto italiano VI, 689 y ss.
- (8). Sobre los deberes positivos a cargo del concesionario de la exclusiva, tal como los de propagar los productos, hacer publicidad, etc., Vid. RUBINO op. y loc. cit. págs. 270 y ss. y la sentencia de nuestro T.S. de 29 de octubre de 1955 que se refiere especialmente a ellos.

- (9). Sobre la exclusiva que se inserta en contratos de arrendamiento véase especialmente - RITTNER en su obra. Die Ausschliesslichkeitsbindungen und ihre dogmatische und rechtspolitische Betrachtung. Düsseldorf. 1957.
- (10). Como ejemplo de la cláusula de exclusiva - insertada en un contrato de arrendamiento, cita CASSEL (Refus de vente, clauses d'exclusivite contrat de concession", Paris, - 1960, pág. 87 y ss), un supuesto estudio de la jurisprudencia Norteamericana: Un fabricante de maquinaria para el calzado concluye con los arrendatarios de dicha maquinaria una cláusula por virtud de la cual estos se obligan a que toda maquinaria que en lo sucesivo compren o arrienden, pertenecerá al referido fabricante.
- (11). Sobre la posibilidad de insertar cláusulas de exclusiva en contratos relativos a operaciones bancarias. Vid. la antes citada opi-

nión de FRANCESCHELLI págs. 236 y ss. Véase también FIORENTINO "Le operazioni bancarie", Nápoles 1959, COLAGROSSO-MOLLE "Diritto Bancario", Roma 1960.

- (12) De la exclusiva en el contrato de agencia se ocupa el artículo 1743 del Código Civil italiano, según el cual el preponente no puede valerse al mismo tiempo de varios agentes - en la misma zona para el mismo ramo de actividad, y el agente no puede asumir el encargo de llevar en la misma zona y dentro del mismo ramo el asunto de varias empresas que estén en concurrencia entre ellas.



NOTAS AL CAPITULO SEGUNDO

- (1). Las que citamos por vía de ejemplo apuntan distintos aspectos del concepto:

"Existe compromiso de exclusividad en todos los casos en los que una persona jurídicamente capacita da se obliga, por medio de un negocio jurídico a - realizar determinados contratos o círculo de contra tos solamente con la otra parte contratante.... Un compromiso o convenio de este tipo elimina o limita la libertad de contratación". RITTER, ob. cit. - pág. 13.

"Hay exclusividad cuando una persona se obliga a tratar ciertas operaciones pasando solamente por el intermedio de otra persona". PLAISANT, ob, cit. pág. 1.

- (2). "Como es sabido -dice GUGLIELMETTI, op. cit. pág. - 285- la cláusula de exclusiva considerada en sí misma, ésto es, prescindiendo de la referencia al específico negocio jurídico en que se inserta, consiste en un pacto contractual, a través del cual uno de -

los contratantes (o ambos, uno frente a otro) se sujetan a la obligación de no contratar con otros, - a excepción de la contraparte, en relación con una determinada cosa o servicio. La llamo cabalmente "exclusiva" porque mediante dicha cláusula ninguno, - fuera del sujeto a cuyo favor la cláusula se estipula, puede pretender que la contraparte cumpla la - prestación asumida, con excepción, por tanto, de todo otro sujeto".

- (3). Una colaboración como la que se realiza en los fenómenos de integración vertical postula siempre una - continuidad o una reiteración en el tiempo de las relaciones de prestaciones y contraprestaciones de un determinado tipo, así como postula el elemento - fiducia como elemento normal si bien no necesario.
- (4). La expresión es de GSCHNITZER, según recuerda FRANCESCHELLI, aplicada a los contratos de duración - (contratti di durata). Jherings Jahrbücher für die Dogmatik, LXXXVI, 1926, pág. 365.
- (5). CASSEL, antes citado, distingue una exclusivite de fourniture y una exclusivite d'approvisionnement. -

Por la primera de dichas exclusivas surge la obligación del comprador de no recibir suministros más - que de un solo fabricante o comerciante. Por virtud de la segunda un fabricante se obliga a no aprovisionarse más que en un solo distribuidor, dentro de un sector dado.

- (6). RUBINO, obra y lugar citados.- GARRIGUES, obra y lugar citados.- FRANCESCHELLI, obra y lugar citados.
- (7). La distribución en exclusiva es la figura que ha - ocupado la mayor parte de las veces la atención de la doctrina. Cfr. PLAISANT "Les contrats d'exclusivite". Rev. Trim. de Droit Comm. 17-1-64. pág. 1.- GUYENOT "Les conventions d'exclusivite de vente", - Rev. Trim. de Droit Comm. 1963, pág. 514.
- (8). La representación en exclusiva ha sido estudiado so bre todo en relación con el contrato de agencia. Vid. FINOCHIARO, Il. c.d.rappresentante con esclusiva. R.D.C. 1920, pág. 248. FORMIGGINI, Il contratto di agenzia, Turin, 1958.

- (9). La distinción entre suministro en exclusiva y representación en exclusiva, aun cuando se trata de supuestos muy próximos y dirigidos a obtener finalidades económicas paralelas, juega hoy un gran papel, sobre todo en relación con la disciplina normativa de las prácticas restrictivas de la competencia en el Tratado de Roma. Sobre ello, además de lo que en su momento se dirá, véase especialmente VON WERDT "Applicazione dell'art. 85 del Trattato della CEE ai contratti di scambio", Riv. della Soc. 1962, pág. 793. MOK (Robert) Il Trattato di Roma e i contratti di rappresentanza in esclusiva. Riv. delle Soc. - 1963 pág. 657.
- (10). Intentando profundizar sobre esta distinción, diversificando menos supuestos, ver por todos a RITTNER - (obra cit.)
- (11). Sobre la distinción entre exclusivas simples y exclusivas dobles o bilaterales, comp. PLAISANT "Les contrats d'exclusivité", cit., pág. 3 y ss.
- (12). A veces -como FERRI recuerda- la posición de exclusividad llega a constituir un elemento natural de determinados tipos contractuales. Así en el 1743 del Codice Civile, que, si bien admitiendo el pacto en contrario, establece en relación con el contrato de

agencia que "el proponente no puede valerse contemporáneamente de más agentes en la misma zona para el mismo ramo de actividad....". FERRI, Voz "Exclusiva". Nov. Dig. pág. 689.

NOTAS AL CAPITULO TERCERO

- (1). Cfr. GARRIGUES, op. y loc. cit.º pág. 308 y ss.
- (2). La configuración del contenido esencial de la exclusiva como una obligación negativa es clásica en esta materia. La monografía mejor sobre el tema es la de COVIELLO "L'obbligazione negativa". Nápoles 1931. Como "obligación de no contratar" y "promesa de monopolio" la define T. PUENTE, en Rev. Der. Mer., 1967, pág 87 y ss. y pág. 110 y ss.
- (3). FERRI, Esclusiva (Patto di), cit. pág. 689 y ss.
- (4). GUGLIELMETTI, op. cit. pág. 286, constata que la cláusula de exclusiva no es idónea para constituir por sí sola un entero contrato; por el contrario, se inserta dentro de otros negocios jurídicos, sobre cuya causa influye, reforzando la finalidad del contrato principal y haciendo más ágil la consecución de la misma, sin prescindir del contrato principal de que debe su existencia.
- (5). Como un "elemento accidental del contrato", la califica GIANNATASIO, op. cit. pág. 253.

(6). El problema de la autonomía o falta de autonomía de la cláusula de exclusiva lo plantea muy agudamente GIANNATASIO (op. cit. pág. 253). Se ha sostenido - por algunos autores -dice- v.gr. GORLA "La compra-vendita e la permuta, pág. 340 y GRECO "Vendita con esclusiva", DPC, 1923, pág. 137 que la concesión de exclusiva tiene autonomía siempre que venga estipulada sucesivamente al contrato, del cual constituye un acuerdo subsidiario desde el punto de vista económico, pero no jurídico. Puede también conservar - su autonomía aunque se estipule al mismo tiempo que el otro contrato, siempre que atribuya una ventaja particular que pueda encontrar su justificación en una autónoma contraprestación. En cambio, según esta tesis, la concesión de la exclusiva forma un cuerpo único con el contrato, cuando las ventajas que - atribuye se coordinan con las ventajas que derivan del contrato al que se une y son valoradas unitariamente.

Al autor citado, le parece, sin embargo, preferible, la opinión que niega en todo caso a la cláusula de exclusiva la posibilidad de constituir un - contrato autónomo y esto no tanto por la unidad de

la causa material, que por sí sola no excluirá un - autónomo negocio accesorio, cuanto porque todas las obligaciones asumidas están íntimamente ligadas entre sí, es decir, son independientes o recíprocamente condicionadas: el complejo de las obligaciones - que pesa sobre una de las partes tiene su correspondiente en el complejo de obligaciones que pesa sobre la otra, la contemporaneidad de la estipulación es por ello indiferente tanto desde el punto de vista - jurídico como desde el punto de vista económico.

GIANNATASIO, La somministrazione, cit, pág. 253.

(7). CORRADO, Della somministrazione, en el Trattato di Diritto Civile de VASALLI, Turin, 1954.

(8). GORLA, op. cit. pág. 340 y ss.

(9). De hecho, los contratos en que se inserta la cláusula de exclusiva son contratos no preparatorios, sino definitivos, es decir, contratos que no vienen a abrir una etapa previa del inter contractual, sino que sientan una relación jurídica definitiva. Sobre este punto véase DE CASTRO, "La promesa de contrato" en Anuario de Derecho Civil, 1950.



(10) La distinción de la compraventa con exclusiva de los denominados contrato preliminar, contrato normativo o contrato tipo, creo que está clara. Puede verse: FRANCESCHELLI: Natura giuridica. Riv. dir. comm. - 1939, I, pág. 242. (Dicho autor, sostuvo ya desde entonces la "unicidad" del contrato..

(11). La posición de exclusividad -dice FERRI- constituye un elemento esencial en la economía del contrato, - un elemento en función del cual se asumen las obligaciones contractuales y las cargas y riesgos inherentes al desenvolvimiento de la actividad económica. FERRI: Voz exclusiva. Nov, dig. pág. 692.

(12) El pacto de exclusiva no tiene, contrariamente a lo que se ha sostenido (GORLA y CORRADO) una autonomía propia; es siempre -al menos cuando no sea utilizado para la realización de fines extraños a su función económica- un pacto accesorio de otro contrato de colaboración económica del cual constituye una modalidad". La importancia de la cita en el creador de la doctrina de la cooperación económica es que admite, de pasada, que pueda ser utilizado para otros -

fines. FERRI: Voz exclusiva. Nov. dig. pág. 689.

- (13). Por efecto del contrato fundamental, todas las prestaciones singulares que intervienen durante la vida de la relación y que, como se ha dicho no "consumen" el contrato fundamental, aparecen económica y jurídicamente como elementos de un organismo más complejo. FRANCESCHELLI: <sup>N</sup>atura giur. della compravendita con esclusiva. Riv. dir. comm. 1939, I, pág. - 237.

- (14). CARIOTA FERRARA, El negocio jurídico, trad. esp. Madrid 1956, p. 546, pone de relieve cómo "la categoría de las determinaciones accesorias es muy diversa y varia: se deben comprender en ella todas las disposiciones que sin alterar la esencia del negocio modifican su contenido normal, bien aumentándolo, - bien limitándolo. Quedan, por tanto, fuera ante todo -dice- las determinaciones de los elementos esenciales (p. ej. fijación del precio en la compraventa) y además los pactos que puedan afectar a la vigencia o a la naturaleza del negocio, invalidándolo o alterando su fisonomía.

- (15). Elementi di Diritto Civile. Padova 1937.
- (16). BARBERO. Sistema istituzionale di Diritto Civile ita  
liano. Turin, 1962, tomo I, pag. 438.
- (17). CANDIAN, Nozioni fondamentali di diritto civile. Turin  
1948
- (18). SANTORO-PASSARELLI, Dottrina generale del Diritto -  
civile, Napoles, 1965.
- (19). MOREDA, Il patto di esclusiva nella dottrina e nella  
giurisprudenza. en Riv. dir. Industriale, 1962.
- (20). GUGLIELMETTI, I limiti negoziali della concorrenza.  
Padova 1961.
- (21). El fenómeno de la exclusiva, dice FERRI, en Nov. Dig.  
it., cit. es un aspecto particular del fenómeno más  
amplio de la integración económica. Constituye preciu  
samente una modalidad de las relaciones de colaboraa  
ción que se instauran entre empresarios en el campo  
de la llamada integración vertical (Verbindungen -  
des nädisten Stufen). Es característica del fenómeu.

no de la exclusiva el hacer más estrecha la colaboración entre empresarios de grado diverso a través de una limitación de la libertad de iniciativa económica dirigida a asegurar en el campo en que la colaboración se actúa, una posición de exclusividad - a favor de aquel que se vale de la colaboración de otro empresario independiente en el ejercicio de su actividad económica o a favor, en cambio, del empresario que realiza esta función auxiliar o a favor - de ambos". FERRI ha sostenido esta tesis desde sus primeros trabajos en 1933.

- (22). GUGLIELMETTI, ob. cit., pág. 286 plantea el problema de la determinación de la función económico -social de la concesión de exclusiva en general como - un dilema en el cual los puntos en contradicción se rían: a) el considerar que a través del pacto que nos ocupa se busca sobre todo, una limitación de la concurrencia; b) el considerar que la finalidad - perseguida por las partes es el establecimiento de una situación de representación económica. En el - primer sentido, ASCARELLI, Teoría, cit. pág. 90; RUBINO, op. cit., pág. 274 y CORRADO, op. cit. p. 166.

En el segundo sentido sobre todo FERRI, en Dir. -  
Prat. Comm., cit. pág. 279 y ss. y en Nov. Dig. it.  
También MOREDA, op. y loc. cit.

- (23). Para que exista pacto de exclusiva, dice FERRI, al plantearse la necesidad de diferenciarlos de los pactos de competencia (patti di concorrenza) es necesario que de la limitación de la actividad económica por parte de un contratante o de ambos, derive hacia el otro contratante o hacia ambos, una posición de exclusiva en orden a las prestaciones - que constituyen el objeto del contrato.

Y continúa: "Si a la obligación de no hacer no está ligada una obligación de dar o de hacer falta la posibilidad de crear una posición de exclusiva".

"...El pacto de exclusiva se caracteriza y diferencia porque la limitación de competencia .... está en función de una relación de colaboración... De ahí que no juegue el artículo 2596 del Codice - Civile. He aquí los términos de FERRI sobre el tema "frente al pacto de exclusiva dado que ontológicamente y funcionalmente está ligado a una relación

de colaboración, de la que constituye una modalidad, no subsisten aquellas preocupaciones que pueden subsistir frente a los otros pactos de concurrencia y que han determinado la previsión del artículo 2596 del Codice Civile. FERRI. Voz exclusiva. Nov. dig. pág. 689 y 691.

- (24). El pacto de exclusiva está destinado a incidir sobre la relación de colaboración y está con ella casualmente ligado, en el sentido de que sirve a realizar con mayor intensidad la función....

Normalmente en la relación de colaboración y - como contrapartida de la posición de exclusividad - se prevee, como obligatorio el logro de determinados mínimos, el desenvolvimiento de una adecuada publicidad, etc... FERRI, Nov. dig. Voce Esclusiva.

- (25). Los pactos de exclusiva aun constituyendo pacto de concurrencia, se sitúan fuera del fenómeno de las - "intese" y de los carteles, en cuanto están dirigidos a favorecer la distribución de los productos de una determinada empresa en el mercado...

La organización de la distribución de los productos de una determinada empresa a través del reparto del mercado en zonas de exclusiva pudiera tener trascendencia a efectos de la legislación anti-trust, no en sí y por sí, sino en cuanto puede representar el instrumento para la realización de abusos de posición dominante. FERRI, Voz exclusiva. Nov.Dig. pág. 692.

NOTAS AL CAPITULO CUARTO

- (1). Es perfectamente claro -dice RITTER, op. cit. pág. 16- que existe una relación inmediata entre los compromisos de exclusividad y la competencia en el orden económico. En cuanto se sustituye la idea de "partes del contrato", por la de "oferente" y "demandante" -lo que puede justificarse perfectamente, porque las partes del contrato se presentan necesariamente en tales funciones económicas- se demuestra la significación que los compromisos de exclusividad tienen para la competencia: la competencia parece estorbada o restringida, porque aquella parte sujeta por el compromiso de exclusividad, pierde su libertad para elegir dentro de la competencia. Este fenómeno aparece por lo menos teóricamente en todos los casos de compromisos de exclusividad, pues, en principio, existe la posibilidad de competencia en todas aquellas situaciones vitales en que se realizan contratos o negocios. Cada vez que se celebra un contrato, cada una de las partes -oferente y demandante- se ha decidido por una de las múltiples posibilidades, en competencia entre sí, que se le presentaban.



- (2). GARRIGUES, La defensa de la competencia mercantil, Madrid 1964, p. 11 y ss.
- (3). GARRIGUES, La defensa, cit. pág. 15 y ss.
- (4). ASCARELLI, La teoría de la concurrencia, cit. pág. 150 y ss.
- (5). ASCARELLI, op. cit. pág. 173 y ss.
- (6). GARRIGUES, La defensa, cit. pág. 15 y ss.
- (7). BROSETA, La empresa, la unificación del Derecho de Obligaciones y el Derecho Mercantil, Madrid 1965.
- (8). ASCARELLI, Teoría, cit., pág. 188 y ss,
- (9). ROUBIER, Traité de la Propriété industrielle, París, 1952.
- (10). Las condiciones que parecen exigibles para que pueda hablarse de libre concurrencia son las siguientes:

1º. El mercado se encuentra compuesto por una pluralidad de demandantes o de oferentes (concur-rencia).

2º. Cada uno de estos participantes toma sus deci-siones con independencia de los demás y trata, en lucha con los demás, de ganar clientes para sus productos (competencia).

3º. Como consecuencia de todo lo anterior, los pre-cios y las demás condiciones de la venta (núme-ro de mercancías compradas o vendidas) se forman - automáticamente, sin que sea decisiva la voluntad de los interesados.

(11). ASCARELLI, Teoría, pág. 188 y ss.

(12). Cfr. ASCARELLI, Teoría, cit. pág. 226 y ss. - Vid. también MOSCO, La concorrenza sleale, Nápoles 1956; SORDELLI, La concorrenza sleale, Milán 1956.

(13). ROTONDI, Diritto Industriale, 3ª edic., Padua 1965, clasifica los actos constitutivos de competencia - desleal en: A) Actos lesivos de la esfera interna;

y B) Actos lesivos de la esfera externa. Dentro del epígrafe A) sitúa las siguientes hipótesis: a) abuso de secretos; b) Cooperación a la violación de relaciones contractuales; c) La imitación servil del producto; d) La competencia parasitaria.

En cambio, bajo la rúbrica B) coloca los siguientes supuestos: a) Actos de concurrencia por confusión; b) Denigración del competidor; c) Publicidad falaz de la propia empresa; d) Formas antieconómicas o incorrectas de venta; e) Boicott.

- (14). Además de los sistemas jurídicos que en el texto se exponen presentan especial interés las normas dictadas sobre esta materia en los Países Bajos, las cuales por pertenecer a la CEE han adoptado su legislación a las exigencias del Tratado de Roma. Sobre ello véase VAN REEPINGHEN "La législation belge concernat les pratiques restreignant la concurrence", Extrait del Rapports au Colloque international de droit europeen Bruxelles 1962.- HARY BEERMANN - "La législation Antitrust du grand-Duche de Luxembourg", Ibid.- BAARDMAM, "La législation neerlandaise en matier de cartels et son application.- - .

Ibid.- En el derecho interno belga una ley de 27 de julio de 1961 ha establecido lo que se ha llamado el Estatuto de los concesionarios exclusivos (DI BISEAU DE HAUTEVILLE, "Les statut des concessionnaires exclusives". Loi du 27 de juillet de 1961, Commentaire pratique, Bruxelles 1962. La finalidad fundamental de esta ley ha sido proteger la situación del concesionario en exclusiva. La ley muy breve -no tiene más de seis artículos- se desarrolla sobre la base de los siguientes puntos: 1º). El artículo 1º define el concesionario de venta exclusiva como el comerciante que recibe de un concedente el derecho de vender a título exclusivo los artículos o productos que éste fabrique o distribuya y que venda estos artículos o productos en su propio nombre y por su propia cuenta. El hecho de que el concedente se reserve el derecho de vender por si mismo, directamente, un cierto número de artículos o productos, no priva al concesionario de su cualidad de concesionario exclusivo; - 2º). Los contratos de concesión de venta en exclusiva, de duración indeterminada, no pueden ser terminados, sin falta grave de una de las partes, a -

sus obligaciones contractuales, más que mediante un preaviso razonable o mediante una indemnización es establecida por las partes en el momento de la denuncia del contrato y en defecto de acuerdo de las - partes, por el juez, conforme a equidad, y conforme en su caso a los usos; 3º). Si el contrato es resuelto por el concedente por motivos distintos de una culpa grave del concesionario o si éste último pone fin al contrato por causas de una falta grave del concedente, el concesionario puede pretender - una indemnización complementaria, que se fija teniendo en cuenta los aumentos notables de clientela aportada por el concesionario y que es adquirida por el concesionario, los gastos que el concesionario haya expuesto en busca de la explotación de la concesión que aprovecha al concedente después - de la explotación del contrato, y las cantidades - que el concesionario debe al personal que haya de licenciar como consecuencia de la resolución del - contrato; 4º). Los concesionarios tienen frente al concesionario de quienes la reciben sus derechos, los mismos derechos y obligaciones que el concesionario frente al concedente.

(15). PLAISANT, Les contrats d'exclusivité, en Rev. Trim. de Droit Commercial, 17, 1, 1964, pág. 1 y ss.

(16). HERMMD, en ESCARRA-RAULT "Traite theorique et - pratique de Droit Commercial", Les contrats commerciaux", París, 1953, nº 120.- También CHAMPAUD "La concession commercial", Rev. Trim. de Droit - Comm. 1963, pág. 451.

(17). Vid. TOULEMON, La speculation par refus de vente en Rev. Droit Commercial. 1961, pág. 1 y ss.

(18). El texto del artículo 37, 1º, a) de la Ordenanza de 30 de junio de 1945, modificado por el Decreto de 24 de junio de 1958, dice literalmente que - "se asimila a la práctica de precios ilícitos el hecho de que cualquier productor, comerciante, - industrial o artesano, rehuse satisfacer, en la medida de sus disponibilidades y en condiciones conformes con los usos mercantiles, las demandas de los compradores de productos o las demandas - de prestación de servicios, siempre que estas demandas no presenten ningún carácter anormal, ema-

nen de demandantes de buena fé y la venta de los -  
productos o la prestación de los servicios no esté  
prohibida por la ley o por un reglamento de la auto-  
ridad pública, así como practicar habitualmente con-  
diciones discriminatorias de venta o incrementos -  
discriminatorios de precios que estén justificados  
por aumentos correspondientes del precio de origen  
de los suministros o de los servicios. Vid. el tex-  
to en CASEL, Refus de vente, clauses d'exclusivité  
contrat de concession. Paris 1960, pág. 141.

(19). PLAISANT, Les contrats d'exclusivité, cit.

(20). La llamada "Circular Boisdé" de 15 de febrero de -  
1954, al analizar las excepciones que justifican -  
la "refus de vente" -falta de disponibilidades, ca-  
rácter anormal de la demanda, mala fé del adquiren-  
te, etc.- indicaba que "puede considerarse que la  
demanda del comerciante tiene un carácter anormal  
que puede legitimar la rehusa de venta en los ca-  
sos siguientes: .... cuando las mercancías no son  
distribuidas más que a través de un circuito orga-  
nizado que comporta cláusulas contractuales de ex .

clusiva, estipuladas por escrito y en las cuales - se pacten obligaciones recíprocas para el vendedor y el comprador".

"Conviene, en efecto, precisar -sigue diciendo la citada Circular- que el Decreto no prohíbe - los contratos de exclusiva, a condición de que tales contratos: 1º. Mejoren efectivamente el servicio prestado al consumidor y 2º. No produzcan el - resultado de entrañar un alza de los precios, de - mantener los precios a un nivel anormalmente elevado o de reducir el volúmen de los productos obtenidos a un nivel inferior a las necesidades del mercado".

"Dentro del cuadro de los principios que se - acaban de anunciar, no caen bajo el golpe del Decreto de 9 de agosto de 1953 los contratos de exclusiva, que se celebren en los casos examinados - a continuación:

1º. Cuando el contrato sigue solamente a dos empresas y una de ellas, productora, reserva la totalidad de su fabricación a la otra empresa. El establecimiento productor está legitimado, en este -



caso, para rehusar vender a cualquier otro distribuidor o usuario.

2º. Cuando se trate de un fabricante o de un mayorista que asegura la venta de sus productos a través de una red de concesionarios exclusivos. - Puede considerarse que éstos contratos no presentan carácter anormal siempre que comporten para ambas partes obligaciones precisas y recíprocas: obligación para el suministrador de garantizar al concesionario la exclusividad de la venta de sus productos en un sector particular y, en contrapartida, - obligaciones para el concesionario, que pueden ser diversas y variables pero que deben estar netamente fijadas y ser efectivamente cumplidas, tales como la de reparar los productos vendidos, la de tener aprovisionamiento de piezas, la de no vender - otras mercancías idénticas o incluso la de participar a título oneroso en las campañas de publicidad". Ver CASEL, pág. 133 y 134.

(21). Por su interés en relación con el tema que estamos estudiando merece la pena recoger aquí el texto de la Circular Fontanet en la parte en que se ocupa -

de lo que llamamos "contratos de concesión de exclusiva", a través del esquema que presenta PLAISANT.

El contrato de concesión en materia comercial -dice la cláusula- es una convención que liga a su suministrador con un número limitado de comerciantes a los cuales aquél reserva la venta de un producto bajo la condición de que cumplan determinadas obligaciones. Existen numerosos tipos de contratos de concesión según la existencia de las obligaciones establecidas por las partes. Cuando el concedente no se le prohíbe designar a otros distribuidores en la zona atribuida a su concesionario y este a su vez tampoco se obliga por su parte a no vender productos concurrentemente con los del suministrador, se trata del más simple de los contratos de concesión; es generalmente, el de los distribuidores agregados.

Pero se encuentran, en sentido contratio, contratos de concesión exclusiva, en los cuales la exclusividad se entiende en un doble sentido, según que se consideren las obligaciones del concedente que se obliga a no aceptar otros distribuidores en el territorio asignado a su concesionario, o -

las obligaciones del concesionario, que se obliga a asegurar la venta exclusiva de los productos de su suministrador o por lo menos a no vender productos concurrentes. La exclusiva más estricta se asegura cuando concedente y concesionario suscriben esta doble y recíproca obligación; es este un tipo de concesión que está en vigor, por ejemplo, en el comercio de automóviles nuevos.

Desde el punto de vista de la reglamentación sobre la libre concurrencia, el contrato de concesión simple no plantea ninguna dificultad. Desde el momento en que el demandante cumple las condiciones de calificación profesional y de instalación material, aceptando someterse a las obligaciones de órden técnico a las cuales generalmente se subordinan las distribuciones por el suministrador, éste no puede rehusar la venta.

El contrato de concesión exclusiva plantea un problema diferente, pues comparte necesariamente la obligación de rehusar vender a los demandantes que no tengan la cualidad de concesionarios del suministrador. Evidentemente la reglamentación quedaría privada de sentido si hubiera que admitir que para

tener derecho a rehusar la venta le basta al suministrador, sin tener que presentar otra justificación, dar el nombre de concesionarios exclusivos a aquellos comerciantes a los que acepte aprovisionar y no conceder este calificativo a los demás. Ello hace necesario definir las condiciones que deben ser reunidas para que en esta eventualidad la rehusa de venta quede justificada.

El texto asegura, en efecto, a todos la misma libertad de aprovisionamiento, La limitación de esta libertad que todo contrato de concesión exclusiva implica en lo que se refiere a los terceros, no es admisible en principio, más que con la condición de que los contratantes hayan limitado ellos mismos su propia libertad contractual. Obligándose al concedente a no vender a un competidor, actual o eventual del concesionario y a no crear otra concesión en la zona que le ha atribuído; obligándose al concesionario, recíprocamente, a no vender productos que sean concurrentes con aquellos por los cuales la concesión ha sido concedida.

En otros términos, si esta convención puede ser opuesta a un tercero para rehusarle la venta,

es porque existe entre los contratantes, una conven  
ción que hace del concedente el suministrador ex--  
clusivo del concesionario y del segundo el cliente  
exclusivo del primero.

La zona de actividad del concesionario debe en  
contrarse delimitada de una manera precisa (una o  
varias divisiones administrativas del territorio,  
el espacio comprendido entre tal y cual calle, etc,) .  
La rehusa de venta no puede ser opuesta lícitamente  
a un tercero en una zona en la cual el suministra-  
dor haya dividido la exclusiva de la distribución  
del producto entre varios comerciantes.

Por "Productos concurrentes" se entienden aquel  
los que cualesquiera que sea su procedencia o su  
modo de fabricarse y de empleo, están destinados a  
los mismos usos y que por su precio pueden ser con  
siderados como dirigidos a una misma categoría de  
consumidores.

El contrato de concesión exclusiva puede, natur  
almente, contener cláusulas diversas de las que se  
refiera a la limitación recíproca de la libertad - . .  
de transacciones del concedente y del concesionario,

tales como las que se refieran a la participación de uno de los contratantes en la publicidad hecha por el otro, a la exigencia de ciertas condiciones respecto a la importancia y frecuencia de los pedidos, etc. Estas cláusulas deben tener sencillamente por objeto asegurar una mejora del servicio prestado al concesionario. Esta finalidad puede conseguirse señaladamente por el incremento de los conocimientos técnicos del vendedor que resulta de una formación complementaria de un especialista, que le pueda ser dispensada por el concedente. El concesionario se encontrará así en situación de informar con competencia de clientes antes de venderles el producto y será capaz de asegurar un servicio posterior a la venta conforme a las instrucciones del concedente.

Más ninguna cláusula puede tener por objeto o efecto, aunque sea indirecto, limitar la libertad del concesionario para fijar él mismo -a reserva, por lo que se refiere al precio máximo, de la observancia de las disposiciones sobre la reglamentación de precios.- El precio de venta del producto debe ser libre, salvo naturalmente, que se haya

acordado una derogación de la interdicción de la práctica de un precio mínimo. Esta condición debe ser tanto más estrictamente respetada cuanto que la distribución por concesión exclusiva constituye por su misma naturaleza una traba a la libre conurrencia, al dar al suministrador un medio eficaz para constreñir al comerciante, al cual la concesión puede serle retirada en un plazo generalmente breve. En consecuencia, un contrato de exclusiva - cuyo objeto sea imponer al concesionario la práctica de un precio mínimo fijado por el concedente será nulo por ilicitud de una de sus cláusulas y no servirá para justificar una rehusa de venta opuesta a un tercero. Poco importa que esta obligación sea objeto de una cláusula expresa o que resulte implícitamente del juego de estipulaciones que parezca tener una finalidad diferente, como por ejemplo respecto de las condiciones generales de venta fijadas por el concedente, obligaciones de utilizar un material publicitario del que forma parte etiquetas indicativas del precio, obligaciones de no hacer nada que permita creer que los objetos puestos en venta tienen un valor intrínseco menor, - . . . etc.

Del mismo modo, si resulta de las circunstancias que esta forma de distribución no es aplicada sistemáticamente por el suministrador más que en una o varias zonas o respecto de ciertos comerciantes que ejerza una viva competencia sobre los precios, se puede presumir que el contrato de exclusiva no tiene otra finalidad que privarle o prohibir a algunos de ellos de todo aprovisionamiento porque no respetan los precios que le aconseja. Otra cosa ocurriría si el concedente no hace' más que establecer la red de distribución y respeta su red ya en curso.

Corresponde en fin, a aquel que para rehusar - vender, oponga la existencia de una concesión, la prueba de la misma, por todos los medios permitidos por el derecho comercial y tratándose de un acto jurídico que debe cumplir, para ser oponible a los terceros, un cierto número de condiciones, la prueba de la existencia de esta convención, deberá resultar - de manera general de un acto escrito. Este, sin embargo, no será por otra parte suficiente para justificar una rehusa de venta si se demuestra que las partes no respetan las cláusulas del contrato. Si ellos se han puesto de acuerdo, más o



menos tácitamente a fortiori y de manera expresa, como para dispensarse de las obligaciones que han establecido, en el contrato, se debe considerar - el contrato como una convención simulada cuyo verdadero objeto es rehusar la venta a ciertos demandantes y cuya causa es, en consecuencia, ilícita - en aplicación del artículo 37, 1º, a, de la Ordenanza núm. 45.- 1483. Del mismo modo, la convención de exclusiva no puede tener efecto respecto - de terceros si uno u otro de los contratantes actúa ostensiblemente sin tenerlo en cuenta. Se debe, en efecto, suponer, que el contratante que le permite actuar así le ha dado de hecho su consentimiento.

En definitiva, el contrato de concesión de exclusiva no puede constituir una excepción a la prohibición de la rehusa de venta más que si se encuentra justificada por el interés de los consumidores, si está ausente de toda idea de fraude de los derechos de los terceros y si no procede, del espíritu - de limitación voluntaria de la concurrencia que condena la legislación económica.

- (22). NICOLAS Y SDAD. BRANDT, c. SDAD. PHOTO CLUB; Sentencia del Tribunal de Apelación de Paris 7 de enero de 1961 y Sentencia del Tribunal de Casación de 12 de julio de 1962. PLAISANT, "Les contrats d'exclusivité", cit. pág. 1 y ss; GUYENOT, "Les conventions d'exclusivité", pág. 514 y ss. CHAMPAUD "La Concesión comercial"; pág. 451 y ss.
- (23). En opinión de CASEL, op. cit. pág. 94, recogiendo - la distinción entre exclusiva de suministro y exclusiva de aprovisionamiento, entiende que la cláusula de exclusiva de suministro, es válida siempre, mientras que la cláusula de exclusiva de aprovisionamiento justifica la rehusa de venta si es concedida por un fabricante que no posee un servicio propio de venta a un comerciante que distribuya los productos libremente. En cambio si se concede a varios comerciantes se produce un refus de vente.
- (24). La ley de 1957 fué modificada por la ley de 9 de septiembre de 1965. Sobre el Derecho alemán, véase - FIKENTSCHER "Les lois antitrust allemandes, en Lois antitrust" y en Ann. comp. studi. legisl. 1963, 81. GLEISS-HIRSCH EWG.-Kartellrecht-Heidelberg, 1962, -. FUCHS. (Dieter) Kartellverbot und Einzelvertrag-Köln 1963, LEHIMPFUHT (Rolf) "Vertriebsbindungen" Köln

1965, TELZMER, Kartellrecht, München und Berlin 1965.  
SCHWARTZ "Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und  
europäisches Kartellrecht, 2ª edic. Köln und Berlin -  
1963. SCHLIEDER, EWG, Kartellrecht 1962, FAGETTI, I  
Berichte del Bundeskartellamt sulla propria attività  
negli anni 1959 a 1960. Rivs. dir. indus. 1961, II.387.

(25). Cfr. también BARTHOLOMEYEZIK, "La legge tedesca sulla  
concorrenza". Riv. Soc. 1958. pág. 971. LIBONATI, -  
"Osservazioni in tema a la nuova legge tedesca sui  
catelli", Riv. Soc. 1958, pág. 1282 y Rv. Soc. 1957  
pág. 896.

(26). Como reseña FIKENTSCHER, Les lois antitrust alleman-  
des, en Lois Antitrust, cit. pág. 159, la GWB -  
parte de la noción fundamental de limitación de -  
la concurrencia, que sin embargo, no define, y dis-  
tingue entre limitaciones de la concurrencia por -  
intervención y las que resultan de un estado de co-  
sas dado. Las primeras son por lo general prohibi-  
das, con algunas excepciones previstas por la Ley.  
Las segundas son permitidas, pero quedan sometidas  
a control para evitar los abusos. Puede decirse -  
por ello, que la Ley es, en cuanto a las limitacio-  
nes de la concurrencia por intervención una Ley -  
prohibitiva (Verbotsgesetz) y en cuanto a las limi-

taciones de la concurrencia producidas por un estado de cosas dado, sin intervención de los interesados, es una ley contra abusos. (Missbraushcgesetz).

(27). El § 18 de la GWB dice, literalmente transcrito, - lo siguiente: "(1) La autoridad puede declarar ineficaces los contratos entre empresas sobre mercancías o prestaciones industriales con efecto continuado o hasta un momento futuro a determinar por ellas, así como impedir la aplicación de un nuevo convenio semejante, siempre que con ello.

1. Se limite a la libertad de una de las partes contratantes para la utilización de las mercancías suministradas o de otras mercancías o prestaciones industriales, o

2. Se imponga a una de las partes contratantes una limitación de recibir de terceros o de entregar a terceros otras mercancías o prestaciones industriales, o

3. Se imponga a una de las partes contratantes una limitación de entregar a terceros las mercancías suministradas, o

4. Se obligue a una de las partes contratantes a recibir mercancías a prestaciones industriales - que objetivamente o de acuerdo con los usos de comercio no sean accesorios y con ello se restrinja injustamente la libertad económica de esta parte - contratante o de otra empresa y por la extensión - de tal limitación se perjudique sustancialmente la competencia en el mercado para ésta u otras mercancías o prestaciones industriales.

Como injusta en el sentido del párrafo 1. se considera la restricción a la que no se corresponde una contraprestación adecuada.

(28). TETZNER (Heinrich) - Kartellrecht. München und Berlin, 1965, pág. 80 y ss., señala que la ley atribuye un poder de intervención a la Kartellbehörde en los contratos con obligación de distribución - (Absatzleindemgsvertragen), contratos de exclusiva (Ausschlienkertvertragen) y contratos de acoplamiento (Koppelemgsverträgen).

El § 18 GWB da a la autoridad de Karteles un derecho ampliamente concebido para intervenir frente a contratos entre empresas sobre mercancías o presta-

ciones industriales, en tanto que tales contratos limitan la libertad de una de las partes en la uti-lización de las mercancías suministradas o de otras mercancías o prestaciones industriales o la limitan en obtener de terceros otras mercancías o prestaciones industriales o en entregarlas a terceros o en entregar a terceros las mercancías suministra--das. Un derecho de intervención igual existe frente a contratos en los cuales una de las partes contra-tantes se obliga, de una manera efectiva o según - el uso comercial, a no tomar correspondiente mercan-cias o prestaciones industriales.

Hay que observar que una intervención es posible solo en caso de limitación de las partes con-tratantes. Un inicu perjuicio de los consumidores además no hace falta. Otro requisito de una intervención de la autoridad en estos casos es sin em--bargo que por las limitaciones en cuestión, la libertad económica de movimientos de una de las partes o de otras empresas quede inicuámente mermado y que por la extensión de tales limitaciones se - perjudique de manera sustancial la competencia en el mercado para estas u otras mercancías o presta-

ciones industriales. Ambos requisitos deben darse simultáneamente. Como inicua se considera una restricción a la cual no se contrapone una contraprestación adecuada (§ 18, 2). Esto puede ocurrir también cuando durante la vigencia del contrato la contraprestación adecuada desaparece o pierde valor económico.

Los convenios de prohibición de concurrencia como deberes adicionales de un contrato son en principio admisibles. Se celebran y practican corrientemente semejantes contratos, por los - cuales en los contratos de la industria hotelera puede ser acordado el aprovisionamiento de cerveza de una cervecería. Tales prohibiciones de competencia puede conducir a una intervención - de la Autoridad en virtud del § 18 cuando limiten inicuamente la libertad de movimiento económico de una de las partes ' contra-- -

tantes o de otras empresas y cuando por la extensión de esta limitación se perjudique sustancialmente la concurrencia en el mercado para ésta u otras mercancías. Este puede ser el caso cuando únicamente es prohibida la fabricación de un objeto que es especialmente prometedor. En tales casos un competidor financieramente más débil puede con frecuencia hacer una concurrencia sensible a una empresa rectora en el mercado y puede a través de una concurrencia en los precios -mediante la instalación solitaria de una empresa rectora aumentar más ampliamente los precios- influir en el mercado. La exclusión del competidor débil puede por tanto, perjudicar sustancialmente la competencia.

Sobre la admisibilidad de una prohibición de concurrencia en un contrato de obra con suministro ha decidido la OFICINA Federal de Kárteles en el llamado "caso Melitta". La firma "Melitta Werke" de München (Westfalia) había prohibido contractualmente a otra firma que fabricaba para ella en virtud de un contrato de obra con suministro los filtros de café Melitta en la medida de sus necesidades, fabricar o comerciar con filtros de café y te del sistema Melitta, esto es, filtros en unión del pa



pel. La patente de estos filtros y de los papeles especiales había caducado. La Oficina Federal de Karlsruhe declaró ineficaz el contrato en cuanto que - en él se prohibía al suministrador fabricar y vender filtros de té y de café que filtran a través - de papel, aunque en la forma se distinguieran perfectamente de los filtros Melitta. La prohibición de concurrencia en cuestión, en opinión de la Oficina Federal, conducía cuando se ensanchara a una limitación inicua de la libertad de actuación económica del suministrador a través de la cual se - perjudica sustancialmente la competencia en el mercado. Para ello, partía la Oficina Federal de que - para los filtros de té y café, que filtran con papel había configurado un especial mercado en el - cual Melitta Werke era un elemento rector. Este mercado podía ser sustancialmente influido por la aparición de un competidor que ofreciera precios más bajos aunque fuera un competidor de pequeña envergadura.

Bajo el § 18 pueden caer convenios de venta - que un fabricante impone a los almacenistas al por mayor, según los cuales respectivamente, un comerciante al por mayor es en su territorio un suministrador exclusivo. Un convenio semejante limita al - comerciante al por mayor en la aplicación de las - mercancías suministradas en el sentido del § 18. Cuando un comerciante al por mayor de productos - alimenticios da crédito a sus clientes al detall - para modernizar o ampliar su tienda y este se obli - ga a proveerse con él del 80 % de sus necesidades, no existe en ello, por lo general, una limitación - de libertad económica del detallista así vinculado si este convenio de exclusividad no se extiende más allá del momento de la restitución del préstamo. Una seme - jante concesión de crédito no sirve exclusivamente al interés del detallista obligado, sino que también de - be crear compradores al mayorista concedente del cré - dito. También falta con frecuencia en tales casos el da ño sustancial de la concurrencia exigida por el § 18, porque al detallista obligado, un número importante de detallistas no obligados, se contrapone.

Cuando una sociedad cooperativa, que se dedica estatutariamente a intermediar en la compra de artículos de consumo coopera con un fabricante en la elaboración de un "modelo especial", no se viola el § 18 - si se reserva este modelo, se reserva exclusivamente a los miembros de la cooperativa. Puesto que la cooperativa participa en el desarrollo del modelo con base en su experiencia del mercado, una tal limitación del fabricante no es inicua en el sentido del § 26,1.

(29). MORERA. Considerazioni in tema di disciplina comunitaria del patto di esclusiva. Riv. dir. indus. 1964, pág. 52.

(30). Sobre el Derecho Norteamericano véase ROTONDI "La disciplina della concorrenza negli Stati Uniti", RDC. 1962, pág. 410. FOSANEARIO, "Le droit de la concurrence de la CEE et le droit antitrust des Etats Unis" Rev. Marche Commun 1965 pág. 347. KRONSTEIN-MILLER - "Modern American antitrust Law". Nueva York, 1958.. WAN CISE "A practical guide to the antitrust Laws" Nueva York 1952, FRIEZDMANN "Antitrust Laws, a comparantse symposium".

- (31). Un perjuicio sustancial para la competencia se produce "simply by proof that a substantial portion - of concurrence is affected or whether it must - also be demonstrated that competitive activity has actually diminished or probably will diminish" y - la cuestión se decidió por cinco votos contra cuatro en favor de la primera alternativa y el contrato cuestionado se declaró inadmisibile porque "pre-closed competition in a substantial share of the - line of commerce affected.
- (32). Coca Cola Bottling c. Coca Cola Comp. 1920.
- (33). Federal Trade Commission (FTC. v. Palony Oil and - Manufacturing, Co. 1923.
- (34). Los fabricantes de automóviles y de maquinas complicadas pueden imponer a sus compradores la obligacion de proveerse de las piezas de repuesto solo con - ellos (Pick MFG V. General Motors, 1935).
- (35). International Salt Co. v. U.S. 1947.- Vid. KAUFMAN, Kommentar zum B.G.B. Introd. B. pág. 14 y ss.

NOTAS AL CAPITULO QUINTO

- (1). Como precedente útil para el estudio del Tratado de Roma pueden examinarse las resoluciones de la Corte de Justicia relativas al Tratado de la CEEA cuyos artículos 65 y 66 presentan clara similitud con el art. 85 y ss. del Tratado de Roma. Ver Apéndice de Droit Européen de la Concorrence. París 1966, pag. 373. Sobre los problemas de las cláusulas de exclusiva en relación con la disciplina normativa de las prácticas restrictivas de la concurrencia en el Derecho de la Comunidad Económica Europea, véanse por todos Droit Européen de la Concorrence (Art. 85 a 89 du Traité de CEE) de PLAISANT, FRANCESCHELLI, LASSIER, París 1966., y también STOLFI (Mario) "Diritto europeo in materia di concorrenza" RDC 1963, pag. 332 y BERNARDINI, "Disciplina comunitaria e disciplina interna in materia de concorrenza" RDC. 1963, pag. 282.
- (2). VON WERDT "Aplicazione dell'art. 85 del Trattato della CEE. al contratto di scambio". Riv. soc. 1962, pag. 793  
MOK (Robert) "Il Trattato di Roma e i contratti di rappresentanza esclusiva". Riv. soc. 1963, pag. 652.
- (3). Cfr. QUADRI-MONACO. TRABUCHI, "Comentario del Trattato istitutive della CEE." Milán, 1965- DERINGER "Les regles de la concurrence au sein de la CEE". Riv. Marc. Comm. 1963
- (4). La disciplina de los arts. 85 y 86 del Tratado de -

Roma, en relación con las cláusulas de exclusiva se habían prestado con anterioridad respecto al art. 65 del Tratado que creó la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) y las soluciones no habían sido unánimes. Se pronunció por una solución extensiva, KRAWIHELICKE "Das Monopolverbot im Schumanplan" Tubinga 1952 y para la restrictiva -- REUTER "La Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier", Paris., 1953, pág. 210. La Alta Autoridad de la CECA expresó su opinión de que el art. 65 se aplicaba también a los acuerdos verticales y por consiguiente a los pactos de exclusiva.

- (5). Sobre la distinción de los acuerdos limitativos de la concurrencia en acuerdos horizontales y verticales. vid. GUGLIELMETTI, op. cit. pág. 288. También KAUFMANN, Kommentar, cit. introd. c, 108 y ss. Se habla de "acuerdos horizontales" cuando el convenio vincula a empresas dedicadas al mismo tipo de actividad y por tanto directamente concurrentes (v. gr. fabricantes de automóviles). Se habla, en cambio, de "acuerdos verticales" cuando el convenio liga a empresas que participan en estadios diversos del ciclo económico y que no son, por tanto, -

competidores directos (v.gr. un fabricante de motores, un fabricante de automóviles, un exportador - y un comerciante dedicado a la venta al público de los vehículos). GUGLIELMETTI, op. y loc. cit. pág. 286; ASCARELLI, op. y loc. cit. pág. 90; BERNARDI-NI.

- (6). Las posiciones de la doctrina en el Derecho Comunitario pueden reducirse al siguiente esquema: La posición de VON WERDT, según la cual los contratos de cambio entre empresas que no están en posición dominante limitan la competencia formalmente pero no sustancialmente (op. cit. pág. 811). Según la opinión del autor citado los contratos de representación en exclusiva no están en contra de los fines del Tratado. De hecho después de la completa integración económica de los países miembros será necesario todavía mantener vivo un sistema de representantes delimitados territorialmente. El hecho de - que las zonas coincidan con los Estados es un hecho que carece de trascendencia. En contra de lo anterior la opinión de MOK, según la cual las cláusulas de exclusiva restringen siempre la competencia, por lo cual para decidir si cae o no dentro del -

art. 85 del Tratado será necesario en cada caso discernir en que medida perjudica en el comercio entre los Estados miembros.

- (7). Sobre el Reglamento nº 17 de 6 de febrero de 1962 - afirman PLAISANT, FRANCESCHELLI y LASSIER en la obra citada (pág. 6 y ss) que su publicación "marca una - fecha capital en la historia de la reglamentación de las prácticas restrictivas de la concurrencia"....- porque desde entonces "existe una concepción europea bien definida.... y con caracteres bien determinados". Además. vid. QUADRI-MONACO-TRABUCCHI, Commentario del Trattato istitutivo della Comunità economica europea. Milán 1965, tomo 4º. pág. 313 y ss.
- (8). DERINGER, Les regles de la concurrence au sein de la CEE. (Analyse et Commentaires des arts.85-94 du Traité). Rev. Marche Commun. 1963, pág. 88 dice que el art. 85 prohíbe toda clase de acuerdos entre empresas de - los cuales resulte una limitación susceptible de afectar al comercio entre los Estados miembros. Están comprendidos, por tanto, en dicho artículo, no solo las en tentes horizontales, sino también las verticales y entre estas los contratos de exclusiva. Vid. también FOC-SANEANU, Le Droit de la concurrence de la CEE et le - droit antitrust del Etats Unis. Rev. Marche Commun. 1965 pág. 347.



(9). El art. 1 de la Ordenanza nº 153 de la Comisión de 21 de diciembre de 1962 introdujo en el art. 4 del Reglamento nº 27 un nuevo párrafo -que lleva el nº 2, a)- y que dice lo siguiente:

"La notificación puede hacerse de acuerdo con el formulario simplificado anejo B-1, llenando los requisitos señalados en el mismo, cuando se trate de contratos de suministro con exclusiva en que - participen solo dos empresas y:

- en los cuales una de las partes contratantes se obligue frente a la otra, a suministrar solo a esta con fin de reventa dentro de un determinado territorio del Mercado Común determinadas mercancías; o
- en los cuales una de las partes se obligue frente a la otra a recibir solo de ella con fin de reventa determinadas mercancías; o
- en los cuales se convengan entre ambas empresas deberes bilaterales exclusivos del tipo de los - caracterizados en los párrafos anteriores.

(10). Ver MOREDA, Considerazioni in tema di disciplina - comunitaria del patto di esclusiva, en Riv. Dir.

Indust. 1964, pág. 52, Cfr. también FRANCESCHELLI,  
Il primo regolamento di applicazione degli artt.  
85 e 86 del Trattato di Roma. R.D.C. 1962, pág.  
429.

(11). PLAISANT, en Direction, 1962, pág. 853.

(12). Sobre el asunto Bosch, vid. MOK, Il Trattato, cit.  
pág. 664.

(13). Sobre el asunto Grundig, c. Consten, también MOK,  
cit. pág. 672

(14). Sobre la decisión del asunto Grundig-Consten, Vid.  
Revue du Marché Commun, 1964, pág. 502 y ss. y -  
1965, pág. 79 y ss.

(15). DUPUY-RIDEAU-TORRELLI: Jurisprudence de la Cour de  
Justice des Communantes européennes. Rev. Marché -  
Commun, 1965-392, (cfr. Bosch)

NOTAS AL CAPITULO SEXTO

- (1). Sobre la Ley Española de Prácticas Restrictivas de la Competencia hay un buen comentario de la SOCIEDAD DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Madrid, 1964, publicado bajo la dirección de SENEN.

El Proyecto de Ley fué estudiado por SANCHEZ CALERO, en la Rev. Der. Merc. 1963,

NOTAS AL CAPITULO SEPTIMO

- (1). GUGLIELMETTI, I limite negoziali della concorrenza, cit. pag. 295 y ss.
- (2). GARRIGUES, en el lugar citado señala que prescinde de la limitación en cuanto al objeto de la exclusiva por entender que ésto es una cuestión puramente académica, ya que sería inconcebible una cláusula de esta naturaleza que no se refiriese a un objeto o mercancías determinados o a un género también determinado.
- (3). FRANCESCHELLI, Natura giuridica della compravendita con esclusiva, Riv. Dir. Comm. 1939, I, pág. 241.
- (4). GARRIGUES, en cambio, entiende que "la cláusula - puede ser incluida o añadida más tarde no sólo a un contrato de ejecución duradera".
- (5). Bajo los viejos Códigos -dice RUBINO, La compravendita, cit. pág. 270 y ss- se dudaba de la licitud

del pacto, pero prevaleciendo decididamente la tesis afirmativa, se discutían los límites dentro - de los cuales debía ser mantenida. La cuestión es hoy definida en la norma general del art. 2596 C.C aplicable al pacto de exclusiva: es válido solo - circunscrito a una determinada zona y no puede exceder de la duración de cinco años; si la duración no es determinada contractualmente o es establecida para un periodo superior, el pacto es válido durante un quinquenio. En aplicación de la misma - norma, el pacto de exclusiva debe ser probado por escrito.

(6). El art. 2596 que como -dice ASCARELLI- se refiere por tanto a pactos que encuentran su propia causa en la disciplina de la reciproca competencia entre actividades... entre partes en reciproca competencia o que concluyan el pacto en relación al ejercicio de actividades concurrentes. ASCARELLI, Teoria della concorrenza. 2ª ed. Milán 1957, pág. 68.

(7). Sobre la necesidad de la existencia de un interés apreciable del sujeto en cuyo beneficio viene estipulada la cláusula, vid. GUGLIELMETTI, op.cit. pág. 306. De un "límite objetivo" ha hablado PUENTE MU

ÑOZ, El pacto de exclusiva, en Rev. Der. Merc. 1967, pág. 109.

- (8). Los pactos de exclusiva -dice ASCARELLI- no pueden ser admitidos sino en cuanto resulten debidos a un "interés apreciable" que los justifique y contenidos dentro de unos límites de género y tiempo. ASCARELLI, Riv. dir. ind. 1959, I, pág. 8.

NOTAS AL CAPITULO OCTAVO

- (1). GUGLIELMETTI, *op. cit.* pág. 314, se adhiere a la -  
idea de FEDELE. (Il problema, pág. 289), según la  
cual "en nuestro ordenamiento el tercero que dolo  
sa o culposamente, causa un perjuicio a un dere-  
cho de crédito no comete por ésto solo un acto -  
ilícito".

Si esta solución es válida en vía general -aña  
de el autor citado- y si de otra parte, el problema  
no es el de la tutela de un derecho real, que -  
en nuestro caso no existe, parece claro que para -  
poder afirmar la posibilidad de una acción contra  
el tercero y la consiguiente responsabilidad de éste,  
habría que subvertir el recordado principio -  
de la relatividad de los efectos del contrato.

Esta revolucionaria conclusión subvertiría por  
otra parte el tradicional principio del "numerus -  
clausus" de los derechos reales, añadiendo a los ya  
conocidos uno nuevo. No parece posible, por ello,  
entender que la concesión de exclusiva atribuya una  
posición de monopolio legal que sea tutelable erga

omnes, sino unicamente una relación de naturaleza obligatoria que despliega sus efectos unicamente - entre los contratantes.

Por ello, o bien el concesionario consigue - demostrar que la invasión de su zona de exclusiva ha derivado de una violación del contrato por parte del concedente y entonces podrá actuar contra es te último para evigir el resarcimiento de los daños y perjuicios o bien si no se encuentra en situación de suministrar semejante prueba tendrá que sufrir la concurrencia del tercero, el cual no podrá ser considerado responsable por haber concluido un contrato con aquel que viola la cláusula de exclusiva.

La buena o mala fé del tercero, su conocimiento, su ignorancia de la situación, le parecen por ésto al autor citado, inelegantes. (Cfr. op. cit, pág. 316).

- (2). El pacto de exclusiva -dice FERRI- como todo pacto contractual, implica que la obligación de no concu



rrencia subsista solamente en las relaciones entre contratantes. Voz "exclusiva". Nov. dig. pág. 692.

- (3). Dice RUBINO: La compravendita. Milano, 1950, pág. 270 a 274: "Por lo que se refiere a la posición respecto de terceros es preciso distinguir. Si el obligado con exclusiva ha vendido o comprado a terceros dentro de la zona de exclusiva, el que tiene derecho a la exclusiva no tiene acción contra el tercero porque la cláusula de exclusiva, como simple pacto obligatorio, queda limitado a las partes y no puede desplegar eficacia frente a terceros, - bien conocieran los terceros o ignoraran la cláusula de exclusiva. Con mayor razón, si el obligado con exclusiva vende a terceros fuera de la zona de exclusiva, pero sin hacer saber a los terceros la cláusula de exclusiva, los terceros no son responsables si después revenden la mercancía dentro de la zona de la exclusiva. En cambio, si el obligado con exclusiva, vendiendo a terceros fuera de la zona de la exclusiva, ha hecho conocer a éstos el

pacto y la extensión de la zona de exclusiva y, si no obstante esto el tercero después revende la mercancía en la zona de exclusiva de otro, responsable no es ya el obligado con exclusiva, que ha hecho cuanto estaba en su mano y por tanto no incurre en culpa ni puede pensarse en una propia y verdadera garantía del futuro comportamiento del tercero por parte del vendedor sobre el modelo de la garantía por evicción y por vicios que prescinde de la culpa del obligado. En esta hipótesis, en cambio,,responsable deviene el tercero, porque la comunicación de la exclusiva comporta que el tercero asume la obligación de no revender en la zona de exclusiva de otro y, limitadamente a este pacto, el contrato concluido por el tercero viene a ser un "contrato en favor de tercero", esto es, del que tiene derecho a la exclusiva, el cual, por tanto, adquiere un derecho inmediato contra el promitente y puede accionar directamente contra este en virtud del incumplimiento".

- (4). GULLON BALLESTEROS, Los contratos en daño de tercero, en Rev. Der. Notarial. 1959.

- (5). PLAISANT, Les contrats d'exclusivité, cit. pág. 15 y ss.
- (6). FRANCESCHELLI, Importazioni libere in zone di esclusiva e concorrenza sleales. R.D. Ind. 1954. En la misma Revista, 1956, II, pág. 70; 1957, II, pág. 209 y 242.
- (7). GRAZIANI, Importazioni libere in zona d'esclusiva. Riv. dir. ind. 1954, II, pág. 335.
- (8). LA LUMIA, Ancora su importazioni libere in zona de esclusiva e concorrenza sleale. R.D. Ind. 1955, I pág. 5.
- (9). CARNELUTTI, Il caso Burlando-Palmolive. Riv. dir. ind. 1955, II, pág. 139.
- (10). GRECO, Ancora sulla concorrenza sleale per violazione di esclusiva di vendita. Riv. dir. Comm. 1955, II pág. 447.
- (11). LUZZATTO. Concorrenza sleale, etc. Riv. Prop. ind. 1952, pág. 239.

(12). PERETTI-GRIVA, La messa in vendita di merce estera.  
en R. D. Ind. 1955, II, pág. 150.

(13). PLAISANT, Les contrats d'exclusivité. pág. 14 y ss.



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE



5322944997

TE 1729

LOS PACTOS DE EXCLUSIVA

---

Tesis Doctoral

Continuación

PIO CABANILLAS GALLAS

## CAPITULO QUINTO

### Las cláusulas de exclusiva y el ordenamiento jurídico de la Comunidad Económica Europea

1. El Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957.- Según es sabido, el Tratado de Roma, que instituyó la "Comunidad Económica Europea", establece, entre sus principios fundamentales, la idea de que la Comunidad tiene por objeto, según dice el artículo segundo del Tratado, promover, mediante el establecimiento de un Mercado Único y el progresivo acercamiento de la política económica de los Estados miembros, un desarrollo armónico de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, una expansión continua y equilibrada, una estabilidad creciente, una elevación acelerada del nivel de vida y unas relaciones más estrechas entre los estados que la constituyen.



Con el fin de lograr los objetivos señala dos en ese artículo, el artículo siguiente, esto es, el tercero, establece una serie de directrices que la acción de la Comunidad persigue y entre ellas se consigna expresamente "el establecimiento de un régimen que garantice una competencia no falseada en el Mercado Común" (art. 3º, apartado f), del Tratado.

El desarrollo de dicho principio se encuentra contenido en los artículos 85 y siguientes del propio texto, aunque, en realidad con el tema que a nosotros ahora nos ocupa, el fundamental sea sólo el primero de ellos. El artículo 85, contiene tres apartados diferentes.

En el primero de ellos se declaran "incom patibles con el Mercado Común" y quedan prohibidos los acuerdos entre empresas, las decisiones de las asociaciones de empresas y las prácticas concertadas, que puedan afectar al comercio entre los Esta

dos miembros y que tengan como finalidad o como efecto ampliar, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del Mercado Común.

De una manera especial, esta prohibición comprende aquellos acuerdos, decisiones y prácticas que se encaminen a:

a. Fijar directa o indirectamente los --- precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción.

b. Limitar o controlar la producción, los mercados, el desarrollo técnico o las inversiones.

c. Repartir los mercados o las fuentes -- de aprovisionamiento.

d. Aplicar en las relaciones comerciales con los demás contratantes desigualdades para protecciones equivalentes, ocasionándoles con ello una desventaja en la competencia.

e. Subordinar la firma de contratos a la aceptación por parte de otros contratantes de pres--taciones suplementarias que por su naturaleza o con



arreglo a los usos del comercio no guarden relación con el objeto de dicho contrato.

El párrafo segundo del artículo 85 establece una sanción de nulidad de pleno derecho de los acuerdos o decisiones que contravengan la prohibición establecida en el apartado primero.

El párrafo tercero del artículo 85 permite, sin embargo, que las disposiciones del apartado primero puedan ser declaradas inaplicables por la autoridad competente de la Comunidad a aquellos acuerdos y decisiones que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a promover el progreso técnico o económico, siempre que se reserve a los consumidores una parte equitativa del beneficio que con ello se obtenga y siempre que no se impongan a las empresas interesadas restricciones -- que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos y que no se dé a dichas empresas la posibilidad de suprimir la competencia para una parte sustancial de los productos en cuestión.



El régimen jurídico establecido por el artículo 85 del Tratado de Roma suscitó entre los comentaristas controversias muy vivas en relación con su aplicabilidad o inaplicabilidad respecto de los contratos con cláusula de exclusiva. (1). Por supuesto que dados los términos en que se hace la declaración de principio en el apartado primero -- del artículo en cuestión, el problema se plantea solamente respecto de aquellas exclusivas contenidas en contratos celebrados entre dos empresarios mercantiles --ya que se habla "acuerdo entre empresas" y de las exclusivas que puedan "afectar al comercio entre los Estados miembros", de lo que resulta que la prohibición sólo puede alcanzar en todo caso, a los contratos de venta o suministro con exclusiva. (2). De esta observación pueden desprenderse las siguientes conclusiones:

1º. En ningún caso quedan afectadas por el artículo 85 T.R. las exclusivas contenidas en contratos en que uno de los dos contratantes no --



sea un empresario mercantil.

2º. En ningún caso quedan afectadas por el artículo 85 T.R. las exclusivas que no se refieren al comercio de bienes o productos, es decir, - las exclusivas sobre servicios.

3º. Tampoco quedan afectados por el artículo 85 T.R. aquellas exclusivas cuya eficacia - se refiere al orden puramente interno de un Estado, puesto que por hipótesis se exige para que caigan - en la órbita del referido precepto, que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros de la - Comunidad. (3).

Todo ello supuesto, la cuestión consiste en saber si las exclusivas de venta entre empresarios que afecten al comercio de los Estados miembros son acuerdos o ententes privados sometidos a la prohibición establecida por el artículo 85 T.R. (4).



La doctrina, sobre todo la doctrina alemana, entendió que el artículo 85 T.R. prohíbe todos los acuerdos entre empresas de los que resulte una limitación de la concurrencia susceptible de afectar al comercio entre los Estados miembros, -- de tal manera que en la prohibición se encuentran comprendidas no sólo las llamadas ententes horizontales, sino también las verticales (5) y entre --- ellas claramente los contratos de exclusiva. Mayores dudas suscitó, en cambio, el problema entre -- los autores italianos y franceses. (6).

2.- El Reglamento núm. 17 de 6 de febrero de 1962.-

El Reglamento 17 del Consejo de 6 de febrero de 1.962 (Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado, publicado en la Gaceta Oficial de la Comunidad Europea de 21 de febrero de 1.962 y entrado en vigor el 13 de marzo -



del mismo año), establece, (7), en su artículo ---  
cuarto, los siguientes preceptos:

1º. Los acuerdos, las decisiones y las prácticas concertadas a que se refiere el art. 85, apartado primero del Tratado, adoptados después de la entrada en vigor del presente reglamento y para los cuales las empresas interesadas pretendan valerse del artículo 85, apartado tercero, deben -- ser notificados a la Comisión. Hasta que no hayan sido notificados la declaración de inaplicabilidad a que se refiere el artículo 85, apartado tercero, no pueden ser pronunciadas.

2º. El apartado anterior, sin embargo, no se aplica y por lo tanto no existe deber de notificación respecto de los acuerdos, decisiones y prácticas que se encuentren en alguno de los casos siguientes:

A. Aquellos en que participen empresas



de un solo Estado miembro y no se refieran a la importación y exportación de productos entre los Estados miembros.

B. Aquellos en que participen únicamente dos empresas y tienen solo por efecto:

a. Limitar la libertad de formación de los precios o de las condiciones contractuales - de uno de los contratantes en la reventa de las mercancías que adquiere del otro contratante;

b. Imponer al adquirente o al usuario de un derecho relativo a la propiedad industrial, en particular de patentes, modelos de utilidad, mo-delos y dibujos industriales o marcas, limitaciones al ejercicio de tales derechos o imponer al beneficiario de licencias de fabricación o de conocimientos relativos a la utilización o aplicación de técnicas industriales, límites a la útilización de estos procedimientos o conocimientos.

C. Aquellos que tengan como único obje  
to:

a. La elaboración o la aplicación  
uniforme de normas o de tipos;

b. La búsqueda en común de mejoras  
técnicas si el resultado es excesivo a todos los -  
partícipes y puede ser utilizada por cada uno de -  
ellos.

Se ha observado que el artículo cuarto -  
del Reglamento 17, no contempla de una manera directa  
las exclusivas. Algunos autores, señalan sin em-  
bargo, que en el proyecto presentado por la Comi---  
sión al Consejo de Ministros, las exclusivas se ha-  
llaban expresamente mencionadas y se beneficiaban -  
del sistema de notificación facultativa. En los pri-  
meros tiempos de vigencia del Reglamento 17, el problema  
fue objeto de discusión por la doctrina y fue  
también objeto de varias comunicaciones dirigidas a  
la propia Comisión (comunicaciones de fecha 9 de noviembre



viembre de 1.962 y 24 de diciembre del propio año, véase R.D.I. 1.963, pág. 301). (8).

3.- El Reglamento núm. 153 de 21 de Diciembre de 1.962.

En la actualidad el problema ha sido resuelto por el Reglamento 153 de la Comisión, de 21 de diciembre de 1.962, publicado en la Gaceta Oficial de la Comunidad del día 24 y puesto en vigor el siguiente día 25. (9).

Las líneas generales del Reglamento número 153 pueden ser fijadas, siguiendo a MORERA, (10) de la siguiente forma:

a. En primer lugar la Comisión ha aislado de la categoría general de los contratos llamados de constitución en exclusiva, aquellos en los cuales se dan las siguientes circunstancias:

1º. No participarán más de dos empresas.



2º. Una de ellas se obliga frente a la otra a suministrar determinados productos sólo a esta última con el fin de que sean revendidos en el interior de un punto determinado del Mercado Común; o bien se obliga frente a la otra a adquirir determinados productos sólo de ésta con el fin de reventa; o bien se establecen obligaciones recíprocas entre las dos, de suministro y adquisición con fines de reventa.

b. Para tales contratos la notificación a la Comisión, el Reglamento núm. 153 admite en -- forma simplificada que solamente puede hacerse si se reúnen los requisitos especiales allí establecidos. Los demás contratos de exclusiva deben seguir el régimen general de notificaciones del artículo cuarto del Reglamento núm. 17. Los requisitos especiales de la notificación simplificada son los -- siguientes: la persona que realiza la notificación debe encontrarse en situación de declarar:

1. Que no se han acordado concesiones exclusivas y recíprocas para la distribución - de productos concurrentes fabricados por el concedente o por el concesionario, es decir, como aclara PLAISANT, (11) no debe haber doble exclusiva en que una de las partes sea concesionaria en exclusiva de la otra respecto de productos concurrentes - (por ejemplo dos fabricantes de autos no deben ser cada uno en su país distribuidores exclusivos del vehículo del otro).

2. Que el haber acordado la concesión exclusiva no tiene como efecto restringir la posibilidad para los intermediarios o consumidores de procurarse los productos que son objeto del contrato de otro concesionario o de otro suministra--dor del Mercado Común, y para el concesionario, la de vender a personas fuera de la zona asignada por el contrato.

3. Que los contratos no impongan al



concesionario la obligación de observar un precio de venta mínimo, fijado por el precedente, lo que significa que la convención no debe tener cláusulas de precios impuestos.

4.- La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad.

Para poseer un cuadro más completo de los problemas que plantean los contratos con cláusulas de exclusiva en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Económica Europea, conviene hacer alguna referencia a la más reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de dicha Comunidad. Hay en especial, dos asuntos que han dado lugar a múltiples comentarios en la literatura jurídica de estos últimos tiempos. El primero de ellos es el que se conoce con el nombre de asunto Bosch. El segundo lo constituye la decisión del caso Grundig y Consten.

a) El asunto Bosch.- En dicho asunto -  
(asunto número 13-61, sentencia de 6 de abril de -  
1.962) el tema planteado era el siguiente, (12): -  
La Sociedad R. Bosch G.M.B.H. establecida en Stu--  
ttgart (Alemania), donde se dedica entre otras co--  
sas, a la fabricación de neveras, . había conce--  
dido a la Sociedad holandesa Van-Rijn el derecho -  
exclusivo de venta de todos sus productos en los -  
Países Bajos. Para proteger este derecho exclusivo  
de venta de Van-Rijn y de otros compradores con --  
los cuales se encontraba ligada por contratos aná--  
logos, la Sociedad Bosch insertaba en todos los --  
contratos que celebraba con los compradores alema--  
nes una cláusulas del siguiente tenor literario: -  
"Los productos Bosch no pueden ser exportados al -  
extranjero, directa ni indirectamente, si no exis--  
te una autorización escrita de nuestra parte". La  
firma De Geus importó de Alemania a los Países Ba--  
jos, en el curso de los años 59-60 un determinado



número de aparatos frigoríficos que le habían sido suministrados por firmas alemanas que habían celebrado con Bosch contrato de compraventa con la cláusula antes reseñada. La Sociedad Bosch y la Sociedad Van Rijn, iniciaron ante los tribunales de Rotterdam un pleito contra De Geus solicitando que se declarasen ilegales las actuaciones de esta última firma, que fuese condenada a poner fin a ellas inmediatamente y a pagar como reparación una indemnización de daños y perjuicios.

La firma De Geus se defendió sosteniendo que la convención alegada entre Bosch y Van Rijn eran incompatibles con el Tratado de Roma y por consiguiente nula en los términos del artículo 85 del mismo como acuerdo que restringía el libre juego de la concurrencia. El Tribunal de Rotterdam rechazó esta petición y estimó bien fundada la demanda.

Recurrió en apelación De Geus y el Tribunal de apelación de La Haya decidió, en aplicación

del artículo 177 del Tratado, pedir al Tribunal de Justicia de la Comunidad que se pronunciara sobre la cuestión de saber si la prohibición de exportar impuesta por Bosch a sus clientes y aceptada contractualmente por éstos es o no nula en virtud del artículo 85 del Tratado de C.E.E. en lo que concierne a las exportaciones de los Países Bajos.

En estos términos se pronunció la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad del 6 de abril de 1.962. El problema principal de esta sentencia es probablemente un problema de orden procesal, puesto que los demandantes había interpuesto un recurso de casación sobre la sentencia del Tribunal de apelación de La Haya y se entendía que el Tribunal de Justicia de la Comunidad era aún incompetente para decidir. Se había presentado también como objeción la de que el Tribunal no podía interpretar -- el artículo 85 del Tratado en tanto que no hubieran sido dictados los Reglamentos para su aplicación previstos en el artículo 87.



Sin embargo, salvando estas dificultades de orden procesal el Tribunal tiene ocasión en esta sentencia de pronunciarse sobre el alcance del artículo 85 en relación con los convenios que protegen una concesión en exclusiva de venta. El Tribunal entendía que los acuerdos y decisiones, sobre todo aquellos que existían en anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento, no pueden considerarse como nulos automáticamente sino que hay que establecer respecto de ellos algunas importantes decisiones: aquellos que puedan ser considerados como válidos en los términos del artículo 5º, párrafo 2º del Reglamento y aquellos que puedan ser considerados como válidos provisionalmente si son notificados a la Comisión en los términos del artículo 5º, párrafo 1º del Reglamento.

Por lo que se refiere al problema que a nosotros nos ha ocupado, es decir, si los contratos de exclusiva caen o no bajo la prohibición del artículo 85, el pronunciamiento del Tribunal, aunque sólo -



de un modo lateral, es afirmativo. No puede decirse que las prohibiciones de exportar en cuestión - estén excluidas del artículo 85; responden sin duda a los términos del mismo "acuerdos que son susceptibles de afectar al comercio entre los Estados miembros" y no puede afirmarse, pues nada parece indicarlo, que estas prohibiciones de exportación puedan beneficiarse de las dispensas de notificación previstas por el Reglamento.

b). El asunto Grundig-Consten (13),

El segundo de los asuntos a que hemos hecho referencia es el llamado caso de Grundig-Consten. La Sociedad Grundig, de Furth (Baviera), se dedica a la fabricación de aparatos radio-electricos que vende en Alemania a mayoristas o almacenistas. En los contratos que Grundig celebra con estos mayoristas les queda prohibido a estos últimos, toda venta o exportación de los aparatos Grundig en el extranjero. En el extranjero Grundig había concedido la exclusiva de sus ventas a diversas empresas, entre las cuales figuraba Consten en Francia. Con objeto de proteger a sus concesionarios exclusivos en el -



extranjero Grundig había obtenido el registro de la marca Gint. En el momento en que el Gobierno francés liberalizó las exportaciones, varias empresas francesas, entre ellas Unef comenzaron a comprar el material Grundig directamente a los comerciantes alemanes normalmente a los mayoristas, no obstante estar éstos ligados por la interdicción de exportar que Grundig les había impuesto.

Estos "importadores paralelos", a su vez cedieron el material a los revendedores franceses a unos precios más favorables que los establecidos por Consten.

A la vista de estos hechos, Consten inició ante los Tribunales franceses una acción contra la Sociedad Unef dirigida a oponer la existencia del contrato de la distribución en exclusiva con Grundig, que obliga a los terceros a respetarlo y convierte en actos de concurrencia desleal las llamadas importaciones paralelas. Consten inició además, contra Unef, una acción de usurpación de la marca Gint.

Por su parte Unef alegó en su defensa la contradicción del contrato de exclusiva con el artículo 85



del Tratado de Roma y como consecuencia de ello soli  
citó de la Comisión la anulación de dicho contrato.  
El Tribunal de Comercio de Paris en una sentencia de  
21 de mayo de 1962 desestimó tal pretensión negando  
que aquel contrato no puede tener como efecto falsear  
el juego de la competencia en el seno del Mercado -  
Común y que se trataba de una entente no afectada por  
la nulidad prevista en el artículo 85 del Tratado. -  
Sin embargo, el Tribunal de Paris en sentencia de 26  
de enero de 1963 decidió sobreseer el asunto hasta -  
que recayera la decisión de la Comisión a la demanda  
de Unef. La decisión de la Comisión (14) fué dicta  
da con fecha 23 de septiembre de 1964 y acuerda pro-  
hibir las ententes sobre la base del artículo 85 del  
Tratado y del Reglamento número 17 del Consejo de la  
C.E.E. (15).

## CAPITULO SEXTO

### Las cláusulas de exclusiva y el Derecho español de la competencia.

#### 1. Introducción en el tema e interés actual del mismo.

En las páginas anteriores hemos comprobado cómo el obstáculo más grave que se opone a la validez de -- las cláusulas de exclusiva en el Derecho positivo, lo constituye la disciplina normativa que prohíbe -- los convenios o pactos limitativos de la libre concurrencia en el orden económico. Hemos examinado esta cuestión a la luz de los más importantes ordenamientos jurídicos contemporáneos, como son el Derecho francés, el alemán, el italiano y el norteamericano y hemos realizado igualmente una breve excursión a través del ordenamiento jurídico de la C.E.E., donde esta cuestión se encuentra en la actualidad planteada con toda su agudeza.

Los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma, que instituyó la Comunidad Económica Europea, y el Reglamento de Ejecución del Tratado, han dado ocasión a



que aparezca una amplia bibliografía sobre el tema, y, al mismo tiempo, a que se hayan dictado algunas resoluciones judiciales, en las cuales, la cuestión que a nosotros nos ocupa se pone sobre el tapete.

Sin embargo, nuestro tema no quedaría completo, si no se examinara al mismo tiempo el problema desde el punto de vista de nuestro ordenamiento jurídico - vigente. Es menester, pues, tratar de averiguar cuales son las condiciones de validez de los pactos de exclusiva en el Derecho positivo español actual.

El interés del tema, que ya por sí solo se destaca, se acrecienta más aún si se tiene en cuenta - la modernidad de la ley de 20 de julio de 1963, sobre represión de las prácticas restrictivas de la competencia, y el hecho de que este recientísimo texto legal, de una presuntiva importancia en el orden jurídico y en el económico, haya sido hasta el momento objeto de muy escasa atención por parte de la doctrina científica. Por ello, convendrá que, como premisa previa al estudio de la relación que guardan - los pactos o cláusulas de exclusiva con la disciplina normativa de la competencia, realicemos un estudio siquiera sea breve, de la citada ley española sobre



represión de las prácticas restrictivas, indagando -  
cuales son los principios que informan dicha ley y -  
cuales son las prácticas prohibidas por ella.

Parece claro que los pactos o cláusulas de exclusiva no encuentran ningún obstáculo a su validez en el Derecho común, civil y mercantil, constituido por los Códigos Civil y de Comercio.

La ausencia total de tratamiento legislativo de termina, naturalmente, que no exista ninguna expresa prohibición legal. Se ampara, por consiguiente la validez de los pactos, en principio, en la fórmula general del artículo 1255 del C.C.: las partes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones - que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a la ley, a la moral y al orden público. Hemos dicho ya, que no existe un límite legal. Tampoco parece producirse mediante las cláusulas de exclusiva ninguna contravención de la moral. Cabría cuestionar, en cambio, si existe algún choque entre la figura - que a nosotros nos ocupa y la idea del orden público económico; no obstante, como quiera que esta idea - del orden público económico (1) ha encontrado su --

---

(1)V. Observaciones de TAMAMES, sobre el "orden público económico".



cristalización en el ya citado texto de 20 de julio de 1963, preferible será analizar el tema, desde el punto de vista de la mencionada Ley.

La Ley es un precepto dedicado a establecer una disciplina sobre las prácticas restrictivas de la competencia. La exégesis, aunque sea somera y muy apresurada, como la que nosotros vamos a intentar, debe - tratar al menos de averiguar el sentido que en nuestro Derecho tienen las normas que prohíben las prácticas restrictivas de la concurrencia.

2. La Ley española sobre represión de las prácticas restrictivas de la competencia. Los principios inspiradores de la Ley. La importancia de la Ley de 20 de julio de 1963 no es necesario destacarla en este lugar (1).

El Ministro de Comercio en su Discurso de - defensa del Proyecto ante las Cortes Españolas, - destacó sobradamente la trascendencia de la Ley, llegando incluso a declarar que era lo más importante de su gestión ministerial. Las ra-

zones de esta importancia las encontraba, en primer lugar, en el porvenir económico de nuestro país, determinante en gran parte, de la virtualidad de la ley. En segundo lugar en la apertura hacia el exterior de nuestro país y en la liberación de nuestro comercio, no solo en lo que se refiere a la importación de bienes y de servicios, sino también en lo que concierne a la inversión de capital extranjero. Por último, en la riqueza legislativa del Derecho Comparado, que en los últimos años había ido produciendo una gran cantidad de textos legales sobre la materia. Aunque no se dijera expresamente, parece que había sido también razón decisiva de la redacción de la ley la armonización de nuestra legislación interna con las normas del Tratado de Roma que instituyó la C.E.E.. Según es sabido, el Tratado de Roma estableció como uno de los medios para conseguir las finalidades que en él se preveían -en particular el armónico desarrollo de las actividades económicas, la estabilidad y la acelerada elevación del nivel de vida-, "el establecimiento de un régimen que garantice una competencia no falseada en el Mercado Común".

Es evidente que la influencia que los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma han tenido en la Ley Es-



pecial de 20 de julio de 1963. Es cierto, y más adelante lo veremos con mayor detenimiento, que la Ley española no se ha limitado a ser un mero calco de los artículos del Tratado, pero es evidente que el Tratado ha sido el motor de la Ley.

Antes de entrar en un exámen pormenorizado de la misma, convendrá hacer una muy somera exposición de cuales son los principios que inspiran el referido texto legal. Disponemos para ello de elementos muy valiosos, como son el discurso del Procurador ABELLA y el del Ministro ULLASTRES en las Cortes, la cuidada exposición de motivos que precede al texto legal, el libro ya citado del profesor GARRIGUES y los comentarios a la Ley que fueron redactados por los Seminarios de Investigaciones Económicas de la Sociedad de Estudios y Publicaciones.

La primera idea que parece extraordinariamente importante y que palpita a todo lo largo de la Ley, mostrándose abiertamente en su preámbulo, es la idea del "orden público económico". La idea de orden público había sido utilizada de antiguo por el Derecho Civil y por el Derecho Internacional, con el fin, sobre todo, de designar una serie o un conjunto de princi-



pios jurídicos generales, en los cuales se expresen las ideas básicas de una comunidad acerca del modo - de su estructuración y organización. Se consideraban tradicionalmente dentro del orden público las normas referentes, sobre todo, al derecho de la persona y de la familia (respeto a la libertad de, la persona, unidad e indisolubilidad de la familia, etc). Dentro - del llamado Derecho patrimonial se han considerado - también como pertenecientes al orden público las nor - mas que imponen el reconocimiento de la propiedad - privada y la libertad de contratación. Quizá por primera vez, sin embargo, se produce una ampliación de esta idea de orden público que se concreta en el "orden público económico". El "orden público económico" es, pues, un conjunto de principios inspiradores del desarrollo de la economía del país y del comercio jurídico. Se alinean la noción de "orden público econó - mico", las normas que protegen la seguridad del trá - fico, la buena fé en la contratación, etc. Con la - Ley de 20 de julio de 1963, hay una nueva idea que - de un modo decisivo penetra y se inserta en el "orden público económico". Cabía dudar, en el Derecho ante - rior, si ello era ya así, Después de la Ley de 20 de



julio de 1963, toda duda ha quedado disipada.

Ello significa que la idea de que la economía nacional debe desenvolverse de acuerdo con los postulados de un sistema económico en régimen de competencia, constituye un principio general del Derecho español. La anterior afirmación lleva derechamente a entender que esta economía en régimen de competencia debe ser configurada bajo los postulados de una competencia libre, leal, y no falseada ni restringida - por prácticas que la limiten. Lleva, al mismo tiempo, a interpretar todo el ordenamiento jurídico en armonía con el mencionado principio general y, al mismo tiempo, a considerar como excepcionales y, por consiguiente, sometidos a una interpretación rígidamente restrictiva, todos aquellos casos en que la legislación permita una desviación del principio general - (monopolios, prácticas restrictivas de la competencia autorizadas, etc).

La segunda de las ideas cardinales de la Ley, - que para nuestro tema posee una evidente trascendencia, la constituye lo que el preámbulo denomina "inoportunidad actual de la tipificación penal de las - .



prácticas restrictivas". Con ello se quiere decir, ante todo, que el legislador no ha considerado oportuno, ni conveniente estatuir un régimen penal para sancionar los hechos o actos que la Ley trata de reprimir. Las sanciones que la ley establece son de otro tipo: en primer lugar una sanción de nulidad de los actos y negocios jurídicos (artículo 1º, 2), y en segundo lugar una serie de sanciones administrativas - de contenido económico o multas (artículo 25). Pero se quiere decir también, al hablarse de "inoportunidad actual de la tipificación", que el legislador, - en este primer momento en que carece de precedentes - y de experiencia cristalizada en resoluciones jurisprudenciales, ha considerado preferible, establecer, en lugar en supuestos típicos, fórmulas amplias. De esta manera, los hechos definidos por el artículo 3º de la Ley carecen del carácter de "numerus clausus" y las fórmulas de los artículos 1º y 2º están abiertas a una interpretación que sea, al mismo tiempo, - amplia y extensiva. Las palabras del preámbulo son, desde este punto de vista, enormemente significativas: "la idea del orden público -dice- no viene a ser otra cosa, sino la cláusula de reserva por donde aquellos actos contrarios al interés de la comunidad, y que son



de imposible especificación penal, vienen a ser recogidos. Además: "la radiación de la prohibición en la idea de Orden Público económico, brinda la posibilidad, dentro de la técnica jurídica, de escapar a la imposible precisión de una tipicidad penal".

3. Las prácticas prohibidas en la Ley española. Los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma declaraban según vimos en su momento, incompatibles con el mercado común y prohibidos, como actos ilícitos limitativos de la competencia, tres tipos diversos de fenómenos jurídicos. En primer lugar, sanciona el Tratado los negocios jurídicos entre empresarios, que tengan por finalidad restringir la concurrencia entre ellos. Se encuentra bajo esta idea la que el artículo 85 denomina acuerdos entre empresas, decisiones de las asociaciones de empresas y prácticas concertadas. En todos estos casos, existe un auténtico negocio jurídico bajo la forma de un contrato, de un convenio, de un concierto o de un acuerdo. Es indiferente que dichos negocios jurídicos consten por escrito o sean simplemente verbales. Del mismo modo es también indiferente el grado de obligatoriedad que las partes hayan pretendido darle. En segundo lugar, sitúa el Tra



tado lo que puede llamarse "conductas conscientemente paralelas", es decir, situaciones en las cuales - el acuerdo expreso, escrito o verbal, no existe, pero se produce, por lo menos, un acuerdo tácito, cristalizado en hechos concluyentes. En tercer lugar se refiere el Tratado a lo que en él se denomina el abuso de posición dominante en el mercado.

La ley española ha reducido estos supuestos a dos: menciona, por una parte las "prácticas" surgidas de convenios, decisiones o conductas conscientemente paralelas", (artículo 1º) y por otro las prácticas abusivas de explotación de una posesión de dominio (artículo 2º). Utilizando una terminología que tiene, pues, apoyo en la ley pueden distinguirse dos tipos de prácticas prohibidas: las prácticas concertadas y las prácticas abusivas.

4. Las prácticas restrictivas concertadas.- Se refiere a ellas el artículo 1º de la ley, que en su párrafo primero determina que quedan prohibidas las prácticas surgidas de convenios, decisiones o conductas conscientemente paralelas que tengan por objeto o produzcan el efecto de impedir, falsear o limitar la com-



petencia en todo o parte del mercado nacional. El párrafo segundo del artículo citado, establece que son nulos, como contrarios a la ley y al orden público, los convenios entre empresas, así como los acuerdos y decisiones de todo género de uniones, asociaciones o agrupaciones de aquellas, que originen prácticas - de las prohibidas en el artículo anterior.

Para delimitar el concepto y los principios legales que rigen la figura de la práctica concertada, es menester tomar en consideración dos aspectos distintos. Por una parte, la finalidad o el resultado - pretendido o producido por ella. En segundo lugar, - el medio utilizado para conseguir aquella finalidad o aquel resultado. La práctica concertada viene definida, probablemente, más por el fin o resultado perseguido que por el medio utilizado. De acuerdo con - el artículo 1º de la Ley lo prohibido son "prácticas" que tienen por objeto o que producen el efecto de impedir, falsear o limitar la competencia. Merece la - pena observar que lo prohibido, según el tenor literal de la ley, son las "prácticas", con lo cual parece que se quiere aludir no tanto a un acto, como a - una serie de actos o de actividades o más concretamen

te a un comportamiento reiterado y permanente, que - determina la aparición de una situación económica es table. La finalidad o el efecto de estas prácticas - ha de ser impedir, falsear o limitar la competencia. Estas tres variantes -impedir, falsear o limitar la competencia- no parece que deban entenderse en todo caso como sinónimas. Más bien cabría apuntar la idea de que las finalidades perseguidas pueden caminar - por dos rumbos distintos.

a). Prácticas colusorias y prácticas impeditivas de la competencia.

En primer lugar cabe la práctica dirigida a producir el falseamiento de la competencia. En este caso cabe hablar, en sentido estricto, de una "práctica - colusoria". La actividad de los empresarios concerta dos se dirige entonces a crear una apariencia de situación competitiva allí donde en realidad la competencia no existe. La práctica es colusoria precisamente porque busca la obtención de un resultado de - engaño: externamente los empresarios aparecen como - competidores, cuando en realidad se encuentran de - acuerdo. Pero además de las prácticas colusorias, el



concepto de práctica concertada comprende también -- aquella situación, en la cual un acuerdo o un convenio entre dos o más empresarios tiene por finalidad o produce el efecto de impedir u obstaculizar la competencia que un tercero puede realizar. En este caso, como se desprende de la descripción apuntada, la práctica no es estrictamente colusoria, puesto que no va directamente enderezada a crear el engaño o la apa--riencia, sino que se dirige contra un tercero, competidor real o posible, impidiendo que este intervenga en la situación competitiva. Frente a las prácticas colusorias, este tipo de prácticas podría ser definido como prácticas impeditivas u obstativas. Todavía en esta línea cabría encontrar supuestos diferentes, según que lo que se trate sea impedir que el tercero intervenga en la situación competitiva o lograr ex--pulsarle o hacerle salir de ella. A ambas posibilidades parece aludir la ley cuando distingue entre - el efecto de impedir y el efecto de limitar la competencia.

Para que la práctica concertada exista no basta con que la finalidad haya sido pretendida o el resultado obtenido. Es menester, además, que para ello haya sido utilizado alguno de los medios marcados por



la propia Ley. Estos medios son, a su vez, de tres tipos. En primer lugar se refiere la ley a los convenios entre empresas o empresarios; en segundo lugar a los acuerdos y decisiones de todo género de uniones, asociaciones o agrupaciones de aquéllos; en tercer lugar, a las "conductas conscientes paralelas".

b). Prácticas convenidas: convenios entre empresarios.-

En primer lugar, decimos, la ley se refiere a los convenios entre empresas o empresarios. Por su naturaleza el convenio es un negocio jurídico bilateral o plurilateral, por virtud del cual las partes tratan de crear entre ellos determinadas obligaciones. No importa, desde el punto de vista de la Ley, que se trate de un convenio fijado por escrito o de un simple convenio verbal. Igualmente es indiferente el hecho de que las partes hayan prestado una firme y solemne vinculación a lo convenido o que se trate de un puro acuerdo entre caballeros, sin directa obligatoriedad.

Piénsese, en todo caso, que los convenios del tipo del que aquí nos ocupan, engendran siempre la obligación.

gación de hacer y de no hacer, que son muy difíciles de exigir o de ejecutar en forma específica y que, - por consiguiente, su normal solución en caso de incumplimiento, consiste en indemnizar los daños y perjuicios, bien por la vía de una cláusula penal expresamente estatuida o bien mediante una genérica determinación de los daños producidos.

c). Los acuerdos y las decisiones de uniones de empresas.-

El segundo de los medios que conduce a una práctica concertada son los acuerdos y decisiones de las uniones, asociaciones o agrupaciones de empresas. - Sorprende ante todo el hecho de que lo que la Ley - prohíbe y declara nulo no es tanto la unión, la asociación o la agrupación de empresarios (consorcio, - cártel, etc), como los acuerdos y las decisiones tomadas por el ente colectivo o por las colectividades. Sin embargo, convendrá tener en cuenta que el acto - jurídico de creación de la unión, asociación o agrupación habrá de ser siempre convenio entre los empresarios agrupados, de tal manera que, en la medida en que este convenio tenga por finalidad impedir, fal-



sear o limitar la competencia, el convenio creador de la unión habrá de considerarse nulo y prohibido por aplicación de la regla general antes mencionada. El supuesto que ahora nos ocupa, se produce entonces, siempre que una unión, asociación o agrupación de empresarios, que sea lícita por su origen y por el objeto o finalidad perseguidos al constituir-la, adopte un acuerdo o tome una decisión, que limite o falsee la competencia. En estos casos, con buen sentido, la Ley no determina la nulidad del acto constitutivo de la unión, la cual puede seguir cumpliendo en otro terreno una finalidad lícita, sino unicamente la nulidad del acuerdo o de la decisión.

La distinción entre "acuerdos" y "decisiones" no parece que posea gran trascendencia. Se entiende por acuerdo el negocio jurídico bilateral o plurilateral formado por las declaraciones de voluntad de todos los asociados o agrupados. Debe entenderse, - en cambio, por decisión, la declaración de voluntad -normalmente unilateral o colegiada- de los órdenes directivos de la asociación o agrupación, que posea efecto vinculante para todos los miembros de la misma.

d). Las conductas conscientemente paralelas.

El tercero de los medios que la Ley de 20 de julio de 1963 prohíbe, son las conductas conscientemente paralelas. Es esta figura mucho más difícil de aprehender que las anteriores. De hecho se trata, a nuestro juicio, de cerrar una vía a la defensa posible de los empresarios interesados. El convenio el acuerdo o la decisión será siempre un hecho de prueba muy difícil, sobre todo si se tiene en cuenta que la iniciativa de la acusación o de la denuncia y, por consiguiente, la carga de la prueba ha de pesar normalmente sobre una tercera persona ajena al propio convenio, acuerdo o decisión. En estos términos la defensa de los empresarios acusados sería muy fácil si se permitiera la alegación de falta de prueba de la existencia del convenio o del acuerdo: si este se ha plasmado por escrito, porque al acusador le será muy difícil poseer un ejemplar del mismo; si el convenio ha sido simplemente verbal, porque carecerá de toda posibilidad de demostrar su existencia. Por ello, cuando la ley habla de conductas conscientemente paralelas, lo que está diciendo en rigor es que para incidir en la prohibición basta



que se produzca un hecho objetivo: el paralelismo - de las conductas empresariales. Este planteamiento nos lleva, a su vez, a lo que probablemente constituye la raíz del problema que en este punto plantea el artículo 1º de la ley. A saber: si las "conductas conscientemente paralelas" de que el precepto - habla, son tenidas en cuenta como un signo exterior que determina una presunción - naturalmente una presunción absoluta, que no admita prueba en contrario - de la existencia del convenio o del acuerdo, o si - por el contrario cabe incidir en ilicitud aún en - aquellos casos en que ningún acuerdo o ningún convenio haya existido. La solución la proporciona, a - nuestro juicio, la utilización en el texto legal de la expresión "consciente". Se quiere decir con ello que para que la ilicitud aparezca, es menester que los empresarios conozcan el paralelismo de las conductas adoptadas. Naturalmente que la prueba de esta "consciencia" habrá de ser indiciaria y también quedar siempre al arbitrio del Tribunal. Pero es claro que lo que se sanciona son hechos concluyentes - (facta concludentia), determinantes de la existencia de un convenio o de un acuerdo de carácter tácito.

e). Limitación de la competencia y amplitud de la práctica.

Convendrá observar también que la Ley habla de convenios entre empresas de acuerdos de uniones de empresas y de conductas paralelas, sin hacer en este punto distinción alguna. Cabe por ello aplicarse el viejo aforismo, según el cual donde la Ley no distingue tampoco el intérprete debe distinguir. Se quiere decir con ello que el número de empresarios concertado es muy diferente a los efectos de aplicación del precepto. No es necesario que los empresarios convenidos sean numerosos. Un convenio entre dos empresarios es suficiente para la aplicación de la Ley. Tampoco es necesario a nuestro juicio, que los empresarios concertados ocupen en el mercado una situación privilegiada que les permita influir en él. Debe entenderse, por el contrario, que el supuesto legal se crea desde el momento en que se crea la posibilidad de que del mercado desaparezca un número cualquiera de ofertas o de demandas. No es necesario que esta desaparición pueda contribuir a modificar las condiciones del mercado, ni por consiguiente los precios o las demás condiciones de venta. Algún autor



ha entendido que para que se dé el supuesto del artículo 1º de la Ley es necesario que la práctica concertada lesione la economía nacional o los intereses de los consumidores. Sin embargo, a nuestro juicio, con ello se inserta, en el supuesto examinado, un requisito que el texto legal no menciona. Piénsese, - además, que la Ley no exige siquiera que la competencia quede falseada o limitada, sino que el acuerdo o el convenio busque esta finalidad. Por consiguiente, en la ilicitud se incide aunque el propósito perseguido no sea logrado.

f). Acuerdos horizontales y acuerdos verticales.

Por otra parte conviene aclarar también que el texto que comentamos no impone que el convenio se establezca entre empresarios que sean directamente competidores.

Cabe aplicar aquí la distinción, que la doctrina moderna hace entre acuerdos horizontales y acuerdos verticales. Lo que antes hemos llamado práctica colusoria constituirá normalmente un acuerdo horizontal, puesto que habrán de ser los mismos empresarios que deberían ser competidores, quienes simulen falsamente

la existencia de competencia entre ellos. Las prácticas impeditivas y obstativas pueden, en cambio, estar generadas tanto por acuerdos horizontales como por acuerdos verticales. El efecto de impedir la intervención en la situación competitiva o de expulsar o hacer salir de ella a un tercero, puede conseguirse por medio de un convenio entre los empresarios directamente competidores de este tercero perjudicado caso de un acuerdo horizontal (v.gr. pacto de boicot), o también mediante un acuerdo entre uno de los competidores y cualesquiera otras personas que se encuentren en una fase diversa del ciclo económico (distribuidores, comerciantes, etc.).

5. Los supuestos especiales de aplicación de la prohibición.— El artículo 3º de la Ley de 20 de julio de 1963, contiene una enumeración de supuestos especiales de aplicación de la prohibición del artículo 1º. Ya en las páginas anteriores hemos visto que la enumeración de supuestos del artículo 3º no tiene un valor de numerus clausus sino que, por el contrario, debe considerarse como un repertorio enunciativo. — Quiere ello decir, que podrá incidirse en la prohibición del artículo 1º aunque los hechos no encajen en



ninguno de los apartados del artículo tercero. Es - decir: la ilicitud puede ser típica en el sentido - del artículo 1º aunque deba considerarse atípica en el sentido del artículo 3º. Ello no obstante conven- drá hacer un análisis, aunque sea naturalmente muy breve, sobre los casos especiales mencionados en el referido artículo 3º. Este análisis se justifica, - si se tiene en cuenta que estos casos serán normalmen- te los más frecuentes. Se justifica, igualmente, pa- ra poder arrojar una luz decisiva sobre la cuestión que a nosotros nos preocupa en estos momentos, que es naturalmente, determinar si los pactos de exclusi- va se encuentran o no comprendidos en la referida - prohibición.

Los supuestos del artículo 3º de la Ley de 20 - de julio de 1963 son los siguientes:

a). Los acuerdos sobre los precios.

El artículo 3º declara prohibidas las prácticas concertadas que consistan en fijar directa o indirec- tamente los precios de compra o de venta. Se refiere, pues, la Ley, en primer lugar, a todos los acuerdos sobre los precios, es decir, tanto a los que se re--

fieran al precio de compra, como a los que tengan - por objeto los precios de venta. Igualmente merece la pena destacarse que el precepto considera indiferente que la finalidad de fijación de precios se - consiga directa o indirectamente.

Por consiguiente, hay que considerar incluidos en la prohibición los convenios celebrados por dos o más empresarios dedicados a un mismo género de comercio o de industria, por virtud de los cuales los empresarios concertados se comprometan a comprar determinadas materias primas o a comprar las mercancías con que trafiquen a un mismo precio o se comprometan a vender sus productos a un precio idéntico. El requisito de la identidad del precio no es sin embargo absolutamente necesario para que la ilicitud se produzca. Aunque del convenio resultaran precios distintos para productos idénticos o similares, la prohibición se habría infringido. Basta que los precios practicados sean convenidos. Podría ocurrir que se fijaran precios diferentes en atención a las también diferentes características de los productos, de los mercados o de la producción. La prohibición, como - decimos, quedaría vulnerada aún en este caso porque -



el juego económico de, la competencia, que consiste, según se constataba más arriba, en una automática fijación de los precios y en una independiente adopción de las decisiones empresariales, se habría des conocido.

Más dudoso, en cambio, es que vulnere la prohibición una fijación de precios establecida en un acuerdo vertical. Si el fabricante conviene con el distribuidor o con el comerciante en que sus productos deberán ser vendidos a un precio determinado, ¿se incide en el apartado a) del artículo 3º de la Ley?. De hecho, en el supuesto en que ahora pensamos -precios fijos; venta a precio impuesto- nos encontramos ante un género de actividad sumamente frecuente y que puede estar motivado por razones de muy diverso orden (el prestigio de los propios productos, las condiciones de organización de, la propia empresa, etc.). A nuestro juicio la cuestión no puede recibir una única solución. Para enjuiciarla habrá que decidir si la imposición, del precio de venta busca o no el impedir o limitar la competencia. De hecho el precio impuesto puede buscar finalidades lícitas como ocurrirá por ejemplo en aquellos casos en que el fabricante pretenda que el distribui

dor no eleve el precio de escandallo. En cambio será posible también que el precio impuesto busque un falseamiento o una limitación de la concurrencia. Esto ocurrirá cuando pudiendose vender los productos a un precio inferior sea imperativamente mantenido un precio más alto con el fin de practicar precios comunes con otro fabricante a quien no se quiera perjudicar en sus ventas. Ocurrirá también en aquellos casos en que se trate de establecer un precio ficticio -por -ejemplo artificialmente bajo- con el fin de hacer -desaparecer del mercado a un competidor.

b). Los acuerdos sobre condiciones de contratación.

El artículo 3º se refiere en segundo lugar a los acuerdos o convenios que consisten en fijar directa -o indirectamente condiciones de transacción. El enun-  
ciado de este supuesto es extraordinariamente amplio y cabe dentro de él un número muy elevado de hipóte-  
sis, como pueden ser, por ejemplo, las condiciones -sobre la cantidad de productos comprados o vendidos, las condiciones sobre pago del precio, sobre descuentos, sobre transporte y entrega de las mercancías, etc., etc.



, Como decimos en el apartado anterior, para que la prohibición quede vulnerada no es preciso que estas condiciones de contratación sean idénticas para todos los empresarios concertados. Basta que sean - convenidas y que su objeto sea impedir, limitar o - falsear la competencia, porque de hecho, la competencia, como atracción de clientela en favor de un determinado producto o servicio puede lograrse no solo ofreciendo ventajas en las precios, sino también - ofreciendo ventajas de otro tipo (facilidades de pago, etc.).

c). Los acuerdos sobre limitación de la producción.

Se refiere a ellos el apartado b) del artículo 3º de la Ley. Se trata de convenios en los cuales - uno o varios empresarios se comprometen a mantener - su producción dentro de una determinada tasa. Hay - que entender que no solo se produce el supuesto cuando como consecuencia del convenio, un empresario se vé obligado a reducir su volúmen de producción, sino también cuando la obligación que asuma consista en no sobrepasar una determinada cota. La decisión en orden al volúmen de la producción debe ser siempre una de-

cisión interna del empresario, que no puede quedar influida por los demás.

Los convenios de limitación de la producción - pueden ser convenios horizontales, por cirtud de los cuales varios fabricantes de productos idénticos o - concurrentes fijen cuotas, o convenios de tipo vertical, cuando la limitación de la producción sea convenida, v.gr. por un fabricante con su distribuidor.

El inciso final del apartado b) del artículo 3º exige que como consecuencia de los convenios se produzca un perjuicio de la economía nacional. Parece - seguirse de ello la consecuencia de que los convenios sobre limitación de la producción son lícitos siem--pre y cuando su repercusión en la economía nacional no resulte perjudicial. Para determinar en que medi-da el perjuicio existe, habrá que atender a las directrices generales de la política económica. Manteniéndose como idea rectora la de máxima producción o superproducción, el pacto limitativo será siempre ilí-cito. Sin embargo, en aquellos casos en que la polí-tica económica aparezca presidida por una idea de - freno o de limitación de la producción, el convenio -



entre empresarios estableciendo cuotas será naturalmente un acto de cumplimiento de las directrices económicas del Gobierno.

d). Los acuerdos sobre la limitación de la distribución.

Los incluye de una manera expresa el apartado b) del artículo 3º de la Ley y son tal vez aquellos que guardan una mayor relación con nuestro tema, dado - que los pactos o cláusulas de exclusiva suelen incidir en el ciclo de distribución de los productos. A primera vista, parece posible admitir que en virtud de un pacto o cláusula de exclusiva pueda tratar de conseguirse la finalidad aludida. Desde este punto - de vista puede afirmarse que un contrato de suministro con cláusula de exclusiva entraña en línea de - principio una limitación en la distribución de un producto o de una mercancía.

Sin embargo, probablemente, la figura del apartado b) del artículo 3º es más amplia. Un acuerdo de limitación de la distribución puede producirse por - medio de pactos muy diversos. Cabe, en primer lugar, un acuerdo por virtud del cual los empresarios con--

certados se comprometan a lanzar al mercado únicamente una parte de su volúmen de producción, almacenando o impidiendo la salida del resto de la misma. Cabe, en segundo lugar, un acuerdo horizontal por virtud del cual se fijan cuotas de salida de productos para periodos diversos de tiempo, cualquiera que sea la capacidad de producción de la empresa (por ejemplo, se dará salida a un numero X de unidades en los meses de enero a abril, a un número Y en los meses sucesivos, etc.).

En segundo lugar el acuerdo sobre la distribución de los productos puede referirse a los llamados canales o redes de distribución. Todavía aquí la limitación puede tener significados muy diversos. Cabe pensar en los supuestos siguientes: PRIMERO: los empresarios concertados se obligan todos ellos a canalizar la distribución de sus productos a través de un distribuidor común; SEGUNDO: los empresarios concertados se obligan a que sus redes o canales de distribución sean determinados y concretos; por ejemplo, el empresario A distribuirá sus productos a través del intermediario X y el empresario B a través del intermediario Y; TERCERO: cabe por último que el pacto tenga por efecto limitar el número de los distribuidores:



por ejemplo, el empresario A tendrá un único representante en el sector X y el empresario B tendrá uno solo en dicho sector.

e). Los acuerdos sobre la limitación del desarrollo técnico y de las inversiones.

Se encuentran incluidos también en el mencionado apartado b) del artículo 3º de la Ley y son, substancialmente, un caso particular de aplicación de los acuerdos sobre limitación de la producción, aunque la limitación del desarrollo técnico o las inversiones puede hacerse también con el fin de impedir una mejora de la organización de la empresa o de la calidad de los productos. En ambos casos el acuerdo debe considerarse prohibido.

f). Los acuerdos de reparto de mercados.

El apartado c) del artículo 3º de la Ley declara prohibidas las prácticas concertadas que consistan en "repartir los mercados". También este apartado c) del artículo 3º es extraordinariamente importante desde el punto de vista de nuestro tema y convendrá por ello matizarlos de alguna manera. Para nuestro te

ma es de sumo interés volver sobre la distinción en tre acuerdos horizontales y acuerdos verticales. No cabe duda alguna de que en el artículo 3º, c) de la Ley se encuentran incluidos los acuerdos horizontales sobre el reparto de mercados. En estos acuerdos horizontales los empresarios concertados se comprometen a lanzar sus productos a mercados determinados con el fin de falsear de esta manera la competencia. Por mercados determinados habrá de entenderse aquí - mercados locales, regionales o incluso, nacionales.

Cabe pensar en las hipótesis siguientes: el fabricante A venderá en la localidad X y el fabricante B en la localidad Y; el fabricante A venderá en la - región X y el B en la región Y; A venderá en el interior del país y B destinará toda su producción a la exportación; A venderá en Francia y en Alemania y B venderá en Inglaterra y en los Estados Unidos.

Mediante este tipo de pactos se trata de conseguir que un mercado determinado tenga un único fabricante abastecedor y que dicho mercado se convierta - en un feudo del referido fabricante.

Caben también pactos en virtud de los cuales se



establezcan tasas o cuotas de lanzamiento de productos en mercados determinados. Por ejemplo, el fabricante A no venderá en el mercado X más que una determinada cantidad y el fabricante B no venderá en el mercado Y más que la cantidad que se señale.

Más difícil es, sin embargo -y más directamente relacionado con nuestro tema- el problema del -- convenio de reparto de mercados por medio de acuerdos verticales. Cabe, por lo pronto, pensar que un único fabricante convenga con sus distribuidores en que el distribuidor A venderá sus fabricados en el mercado X y el distribuidor B en el mercado Y. Es evidente que en este punto se liga estrechamente el acuerdo de reparto de los mercados con el problema de las cláusulas de exclusiva, por lo que por el momento lo dejamos entre paréntesis.

g). Los acuerdos sobre reparto de áreas territoriales, sectores de suministro y de fuentes de abastecimiento.

Poseen unas características similares a los examinados en el apartado anterior, de los que representan el reverso.

Así como allí se trataba de sectores de venta, aquí se trata de sectores de compra. El esquema del pacto será el siguiente: el fabricante A comprará - en X y el fabricante B en Y. las materias primas. O también el comerciante A se abastecerá con el fabricante X y el comerciante B con el fabricante Y.

h). Los acuerdos sobre desarrollo de una política comercial productora de competencia desleal.

Se refiere a ellos el apartado d) del artículo 3º. Según hemos visto en páginas anteriores la competencia desleal es constitutiva de ilicitud y debe ser sancionada por sí misma, ésto es, en cuanto sea individualmente practicada.

El artículo 3º de la Ley de 20 de julio de 1963 no viene de esta manera, a reiterar una prohibición que se encuentra establecida en otros textos legales. Viene, es cierto, a añadir algo a estos textos legales por los cuales la prohibición de competencia desleal se encuentra establecida. Lo que añade, evidentemente, es una sanción a la confabulación sobre la deslealtad. El artículo 3º, d), se refiere a un pacto para practicar competencia desleal. La cuestión



entonces es si en el caso del apartado d) del artículo 3º debe existir una dualidad de sanciones o - si por el contrario alguna de ellas absorbe a los de mas. La solución, a nuestro juicio, es la primera, - puesto que se trata de hechos distintos y no cabe - por consiguiente, pensar en la aplicación del princi pio non vis in idem.

Los actos individuales constitutivos de competencia desleal recibirán la solución que en cada caso les corresponda y la confabulación recibirá su propia e independiente solución: nulidad del pacto y sanción administrativa.

i). Las prácticas discriminatorias.

El apartado e) del artículo 3º declara prohibidos aquellos acuerdos por virtud de los cuales se -- aplican en las relaciones comerciales con terceros - contratantes, condiciones diferentes para prestaciones similares o equivalentes, ocasionándoles con - ello desigualdad en la situación competitiva. La - raíz de la prohibición se encuentra en la ilicitud - de la discriminación. La competencia exigía, según - dijimos en su momento, la igualdad de los competido-

res. De esta manera, la discriminación aparece como lo contrario de la igualdad. La discriminación existe siempre que se impongan a los terceros contratantes condiciones diferentes y este hecho aparezca motivado por el propósito de ocasionar una desigualdad en la situación competitiva. Por si solo, el hecho de establecer condiciones diferentes en los contratos no significa perjuicio para la competencia. El vendedor puede establecer bonificaciones en los precios o dar facilidades de pago con el fin de - atraer clientela. La ilegalidad aparece, en primer lugar, porque lo que el apartado e) del artículo 3º contempla, es una práctica concertada. En segundo lugar, porque lo que se busca es la creación de desigualdad en la situación competitiva y por consi -- guiente la eliminación o el perjuicio del competi-- dor. La práctica discriminatoria puede surgir de un convenio horizontal: por ejemplo, los fabricantes A y B se obligan a vender al comerciante X y en unas condiciones menos onerosas que a los comerciantes - Y y Z. Pero la práctica discriminatoria puede ser - también de un convenio vertical, supuesto este que será además el normal, dado que el directamente in-



interesado en el convenio horizontal, por hipótesis, no toma parte. El esquema de un convenio vertical sobre prácticas discriminatorias es el siguiente: el comerciante X conviene con el fabricante A -en su caso también con el fabricante B- que con él se practicarán unas determinadas condiciones de venta, pero que con sus competidores, los comerciantes Y y Z se practicarán unas condiciones más onerosas.

j). Los acuerdos sobre prestaciones suplementarias

El apartado b) del artículo 3º de la Ley declara prohibidas las prácticas que consistan en subordinar la conclusión de contratos a la aceptación de prestaciones o de operaciones comerciales suplementarias y por su naturaleza y con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de tales contratos. La práctica prohibida tiene, también aquí, su raíz en el hecho de que procede de un convenio entre empresarios, aunque eventualmente pueden hacer también, y ello en el caso que nos ocupa será lo más probable, de un abuso de posición dominante. Por su naturaleza, el pacto, en la hipótesis que ahora examinamos, será un convenio vertical o -

un convenio horizontal entre fabricantes de productos diversos y por consiguiente, no directamente competidores entre sí. Por ejemplo, el fabricante A subordina la conclusión de los contratos de compra de sus productos a que se compren además los productos suplementarios del fabricante B; o bien impone a los compradores de sus productos -v.gr. maquinaria- la obligación contractual de repararla o de aprovisionarse de piezas de recambio, etc., en la empresa de B.

6. Las prácticas abusivas: el abuso de posición dominante.- La segunda de las prácticas prohibidas por la Ley de 20 de julio de 1963 es la llamada práctica abusiva o abuso de posición dominante. Se refiere a ella el artículo 2º de la Ley, según el cual "asimismo quedan prohibidas aquellas prácticas abusivas mediante las cuales una o varias empresas explotan su posición de dominio en la totalidad o en parte del mercado de manera injustificadamente lesiva para la economía nacional, los intereses de los consumidores o la actuación de los restantes competidores".

Dos son las circunstancias que deben concurrir para que se produzca el supuesto de que ahora esta--



mos tratando. En primer lugar la efectiva existencia de una situación o posición de dominio de una o varias empresas sobre la totalidad o sobre una parte del mercado. En segundo lugar, que esta posición dominante sea explotada abusivamente de una manera que constituya en justificada lesión para la economía nacional los intereses de los competidores o de los consumidores.

,La Ley delimita lo que se entiende por posición dominante, distinguiendo según que sea una sola empresa la que domine el mercado o sean dos o más. Se entiende que una sola empresa goza de posición de dominio en el mercado cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o la única demandante, dentro del mercado nacional o cuando sin ser la única no está expuesta a una competencia sustancial en el mismo. Se entiende que dos o más empresas gozan de posición de dominio cuando para un determinado tipo de producto o de servicio no existe competencia efectiva entre ellas o sustancial por parte de terceros en todo el mercado nacional o en una parte de él.

La posición de dominio viene, pues, referida - siempre, a un determinado tipo de producto o de servicio y puede producirse tanto respecto de la oferta (v.gr. unico fabricante, unico vendedor) como respecto de la demanda (v.gr. único adquirente, único comprador). El dato definitivo, sin embargo, para que - la posición de dominio exista lo constituye el hecho de que la empresa dominante no se encuentre expuesta a una competencia sustancial. De hecho, deben existir los competidores, porque si no se trataría de un auténtico monopolio de hecho. Parece, de esta manera, que son dos cosas distintas el abuso de posición dominante y el abuso de monopolio, aunque no quepa duda alguna, a nuestro juicio, en el sentido de que a falta de una norma expresa, de acuerdo con los ya señalados principios del orden público económico, deben aplicarse a los casos de abuso de monopolio las mismas normas estatuidas para el abuso de posición dominante.

La inexistencia de una competencia efectiva o sustancial debe referirse a la totalidad del mercado nacional, cuando se trata de posición dominante de una sola empresa. En cambio, cuando se trata de posición de dominio de dos o más empresas, la inexistencia de competencia efectiva o sustancial puede darse en todo



el mercado nacional o en una parte de él.

La posición dominante del mercado, por sí sola, no determina la aplicación de ninguna sanción. Se trata, podríamos decir, de un puro hecho jurídico, que por sí solo no es sancionable. Podría serlo si para conseguir esa posición dominante se hubieran utilizado medios ilícitos, como los derivados de una serie de prácticas concertadas o de una competencia des--leal. Normalmente, sin embargo, el hecho de haber --adquirido una posición de dominio en el mercado, por sí solo, como decimos, no es sancionable. La ilici--tud, comienza cuando esta situación dominante es ex--plotada o ejercida en forma abusiva. ¿En que consiste aquí el abuso?. De acuerdo con el artículo 2º de la Ley, el abuso existe siempre que la explotación de la posición de dominio conduzca a una injustificada le--sión de la economía nacional, una injustificada le--sión de los intereses de los consumidores o una in--justificada lesión de los restantes competidores. La figura del abuso de posición dominante guarda un cierrto paralelismo con el que en la técnica de la teoría general del derecho se conoce con el nombre de abuso del derecho. Como allí, cabe aquí también especificar

dos supuestos distintos. El primero es el abuso con dolosa intención de causar daño a otro. El segundo - consiste en una objetiva falta de adecuación entre - la conducta seguida por el empresario dominante y - aquella que, de acuerdo con los principios generales del orden público económico, es exigible. Debe entenderse, por ello, que toda persona que ejercita dentro del mercado de la economía nacional una actividad empresarial, ostenta un poder -que le es concedido - por el ordenamiento jurídico- y que debe ser ejercido para lograr unos fines acordes con el interés social. La actividad empresarial adopta de esta manera las - características de una auténtica función social: no es auténticamente, claro está, función pública, pero sí una función que debe desenvolverse dentro del cuadro del interés público.

Una tipificación de los supuestos de abuso de - posición dominante, en el estado actual de nuestra - legislación no puede hacerse. De hecho, sin embargo, los mismos supuestos mencionados en el artículo 3º, que hemos examinado como aplicables a las prácticas concertadas, lo son a las prácticas abusivas. Dentro del artículo 3º, existen casos que presuponen necesa



riamente concierto o convenio entre empresarios. Sin embargo, existen otros en los cuales el concierto no es necesario y que pueden por ello derivar de una actuación unilateral, que consista en abuso de posición dominante. En particular puede resultar de una práctica unilateral abusiva los casos previstos bajo las letras b), e) y f) del artículo 3º. Así la limitación de la producción, de la distribución, - del desarrollo técnico, o de las inversiones; así - la realización y prácticas discriminatorias; así - también la exigencia de prestaciones suplementarias.

Queda, sin embargo, claro que el concepto de - abuso de posición dominante es un concepto abierto y que las hipótesis mencionadas no tienen un carácter taxativo.

7. Las prácticas exceptuables o autorizables.- En los apartados anteriores hemos comprobado como el punto de partida de la Ley de 20 de julio de 1963 lo constituye el establecimiento de la prohibición de unas determinadas conductas o comportamientos empresariales, que pueden considerarse como prácticas restrictivas de la competencia: prácticas concertadas y -

prácticas abusivas. Sin embargo, una aplicación indiscriminada de la prohibición y de la consiguiente sanción puede en ocasiones conducir a una injustificada lesión de intereses superiores de la economía nacional. De esta manera, similar al Tratado de Roma la ley de 20 de julio de 1963 establece la figura de las "prácticas exceptuables". Por "prácticas exceptuables" deben entenderse aquellas prácticas que caen dentro de la prohibición general, pero que, por motivos justificados de utilidad pública, son excepcionalmente autorizadas. Se comprende, en seguida, - que para que pueda producirse una práctica exceptuable es menester que recaiga un juicio de homologación respecto de las ventajas que para el interés público pueden seguirse de la adopción de las referidas prácticas. El problema que plantean las prácticas exceptuables constituye por ello una evidente aporía. Por una parte se establece, como principio general, y como base de partida la idea de que el desarrollo económico nacional debe inspirarse en las leyes de la competencia, porque se piensa que el libre juego concurrencial constituye la mejor estructura y el mejor motor del desarrollo económico y el más justo mecanismo



mo para el establecimiento de los niveles de precios, salarios, etc.

Por otra parte, sin embargo, se admite que en determinados casos, la mejora de la producción o de la distribución o la promoción del progreso técnico o económico puede exigir una restricción de la competencia. Como no es posible particularizar en qué casos está restricción de la competencia es necesaria, la solución se encuentra atribuyendo a la autoridad pública el poder de autorización.

Es evidente, y no hace falta decirlo, que las "prácticas exceptuables" son siempre prácticas concertadas y nunca prácticas abusivas. Para que una práctica concertada pueda ser declarada aceptable es menester que concurren los tres requisitos siguientes:

1º. En primer lugar que mediante ella se contribuya a mejorar la producción o la distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico.

2º. Que los consumidores de los bienes o usuarios de los servicios obtengan una parte adecuada de

los beneficios que resulten de tales acuerdos o decisiones.

3º. Por último, que las prácticas en cuestión, sean indispensables para obtener aquellas finalidades (artículo 5º, 1).

El párrafo 2º del artículo 5º establece cinco - casos particulares en los cuales el Tribunal de Defensa de la Competencia puede autorizar la práctica concertada restrictiva. Estos cinco casos son los si guientes:

a). Los acuerdos de racionalización de los procesos económicos.- El Tribunal puede autorizar, dice el precepto citado, los acuerdos y decisiones que se refieran a la aplicación de normas y tipos comunes - de carácter técnico, comercial o de organización y - cuyo propósito sea exclusivamente racionalizar los - procesos económicos y elevar el nivel de eficiencia o productividad de las empresas partícipes. Ha sido señalado que, en rigor, no nos encontramos aquí en presencia de la verdadera práctica exceptuable o - autorizable, dado que si el propósito exclusivo del acuerdo consiste en racionalizar los procesos econó-



micos y elevar el nivel de eficiencia o de productividad, no cabe hablar de práctica restrictiva de la concurrencia, ya que ésta presupone el efecto de impedir, falsear o limitar la competencia. Sin embargo, frente a esta observación, cabe argumentar que la figura de las prácticas concertadas prohibidas no aparece en el artículo 1º de la ley española matizada - por el propósito perseguido por los empresarios concertados, sino por el efecto que objetivamente produzca el acuerdo, con independencia de cual haya podido ser la voluntad de las partes. Desde este punto de vista no parece que pueda decirse, como se ha pretendido, que las prácticas concertadas prohibidas deban ser siempre prácticas colusorias. Cabe, por consiguiente, que caiga dentro de la prohibición una - práctica cuyo efecto objetivo es impedir o limitar - la competencia aunque el propósito perseguido por las partes haya sido otro distinto. Desde este punto de - vista la regulación del artículo 5º adquiere sentido. Son autorizables aquellos acuerdos celebrados con el propósito exclusivo de racionalizar los procesos económicos y de elevar el nivel de eficiencia o productividad de las empresas, aunque de ellos puede surgir -

una limitación -no buscada de propósito- de la competencia. Para que el acuerdo sea autorizabile será necesario, sin embargo, que concurren los requisitos generales antes aludidos, es decir, que el acuerdo - sea indispensable para obtener aquella finalidad, - que los consumidores obtengan una parte de los beneficios y que la racionalización de los procesos económicos y la elevación del nivel de eficiencia de las empresas partícipes sea decisivo para la promoción del desarrollo económico general.

b). Los acuerdos para la adecuación de la oferta a la demanda. El apartado b) del artículo 5º permite que el Tribunal autorice como práctica exceptuable los acuerdos y decisiones que tengan por objeto la adecuación de la oferta a la demanda cuando sea - manifiesta en el mercado una tendencia sostenida de disminución de ésta o cuando el exceso de capacidad productiva sea claramente antieconómico y siempre que en tales acuerdos y decisiones se tengan en cuenta la situación económica general y el interés público. La norma en cuestión ha sido objeto de críticas, señalándose que este párrafo concede al Tribunal de Defensa de la Competencia un arbitrio enorme para autorizar -



auténticas restricciones o atentados de libre competencia, ya que habla literalmente de adecuar la oferta a la demanda cuando disminuye ésta y es difícil comprender que pueda resultar beneficioso para el interés público que se restrinja la oferta, ya que este procedimiento solo puede ser un medio de mantener los precios, sin permitir que bajen cuando la oferta es superior a la demanda.

En principio hay que convenir que los llamados acuerdos para la adecuación de la oferta a la demanda constituyen manipulaciones en el proceso económico, que son contrarias a la regla general que exige, según hemos visto anteriormente, que funcione la Ley económica de la oferta y la demanda y que las decisiones empresariales sean siempre individuales. No parece que una tendencia sostenida de disminución de la demanda pueda justificar por sí sola una alteración del principio general. Tampoco parece que por sí solo sea la causa de justificación del hecho de que el exceso de la capacidad productiva resulte claramente antieconómico, pues es ésta una situación anterior de la empresa, que ni la Ley ni la autoridad administrativa han de paliar. La única razón que pue

de abonar la autorización y en el supuesto que comen-  
tamos, lo constituyen las ideas aludidas en el inci-  
so final de la norma, esto es, la situación económica  
general y el interés público. A nuestro juicio, solo  
cuando la situación económica general y el interés -  
público lo aconsejen, será posible autorizar acuer-  
dos de restricción de la oferta que tenga por objeto  
ajustar ésta a la demanda, en los casos de tendencia  
sostenida de disminución. Piénsese, por ejemplo, que  
el mantenimiento de una capacidad productiva antieco-  
nómica pueda ser motivo de grandes pérdidas para la  
empresa, que lleguen incluso a obligar el cierre de  
la misma, con detrimento de las personas que presten  
en ella su trabajo. Sin embargo, cabría todavía ar-  
güir que en casos como el descrito, el tutor del in-  
terés público general, que es el unico interés digno  
de tutela, no pueden ser los propios empresarios -  
afectados, los cuales, mediante el acuerdo buscarán  
defender sus propios intereses. A nuestro juicio, por  
ello, en casos como los descritos, no es la vía de -  
la autorización del acuerdo entre empresarios el ca-  
mino idóneo para defender el interés general, sino -  
la adopción de medidas gubernativas de política eco-  
nómica.



c). Los acuerdos sobre defensa de las exportaciones.

Permite la Ley que sean declaradas prácticas excepcionales las surgidas de acuerdos y decisiones cuyo objeto sea defender o promover las exportaciones, siempre que las restricciones de la competencia de ellos derivada no afecte perjudicialmente al mercado nacional y sean compatibles con las obligaciones que resulten de los convenios internacionales suscritos por España.

Esta norma plantea también abundantes problemas de interpretación. Contempla una plausible finalidad desde el punto de vista de la economía interna española. La promoción y la defensa de las exportaciones de nuestros productos constituye una finalidad de nuestra política económica tendente a mejorar nuestra balanza comercial y nuestra balanza de pagos, los fondos de divisas y, en última instancia, el desarrollo económico y el aumento del nivel de vida.

Sin embargo, como se ha dicho, puede plantear fricciones con el Mercado Común, en el caso de que España ingrese en dicha organización o se asocie con ella, pues de acuerdo con las normas del Tratado de

Roma, el comercio entre los Estados miembros debe ser libre. En el caso referido la norma en cuestión quedaría reducida a las exportaciones realizadas de los países no miembros del Mercado Común.

En todo caso, es de subrayar que la promoción y defensa de las exportaciones no debe afectar perjudicialmente al mercado nacional. De ello se deriva, a nuestro juicio, la conclusión de que los -- acuerdos autorizables son aquellos que tengan por objeto constituir organizaciones comunes para la venta de los productos en el extranjero o normas y tipos comunes de venta en el extranjero, pero que -- en ningún caso pueden admitirse aquellos supuestos en los cuales la organización común venda también -- en el mercado interior o las normas y tipos comunes se practiquen igualmente en el mercado nacional. Es ta regla no debe quedar derogada ni incluso en aque llos casos en que la mayor parte de la producción -- se destine a la exportación, pues siempre quedaría afectado el mercado nacional en la parte destinada a éste. La dificultad no se obvia entendiendo que -- el mercado nacional queda a salvo si en él se prac tican precios razonablemente inferiores a los inter



nacionales pues aún en tal caso dichos precios "razonablemente inferiores" no habrán sido producto de la Ley económica de la competencia, sino del acuerdo de los empresarios interesados.

d). Los acuerdos sobre importaciones.-Permite la Ley que se autoricen acuerdos y decisiones que se refieran a importaciones procedentes de mercados extranjeros donde no exista libre competencia y siempre que la restricción de la competencia de ellos derivada - no perjudique al mercado nacional.

En la hipótesis contemplada los empresarios concertados son empresarios importadores de productos - extranjeros, es decir, empresarios que realizan operaciones de compra de productos fabricados en, o, - procedentes del extranjero. El hecho de que en el - mercado extranjero donde la compra se realiza, no - exista libre competencia, impone la necesidad de contrarrestar dicho factor mediante el acuerdo de los - empresarios compradores, con el fin, probablemente, de que la concurrencia entre ellos no provoque un - aumento de precios en detrimento de la economía nacional.

e). La elevación del nivel social de sectores deprimidos de la nación.- Permite, por último, la Ley que se autoricen aquellos acuerdos y decisiones que den lugar a prácticas que produzcan una elevación suficientemente importante del nivel social y económico de sectores deprimidos de la nación. En realidad se trata de un caso particular de aplicación de la cláusula general, que permitía, como se recordará, los acuerdos y decisiones tendentes a promover el progreso técnico o económico. Habrán de concurrir los requisitos generales ya mencionados, esto es, el carácter indispensable de la práctica concertada para conseguir aquella finalidad y la participación de los consumidores o usuarios en los beneficios. Por lo que se refiere a la entidad o magnitud de los sectores deprimidos de la nación que se trata de proteger, habrá de estar a las directrices generales de la política económica del Gobierno cristalizada en los planes generales de desarrollo nacional o en los planes especiales de desarrollo regional.

8. La jurisprudencia española sobre prácticas restrictivas de la competencia.- Como es sabido, la Ley de



20 de julio de 1963 creó un órgano especial, el Tribunal de Defensa de la Competencia, adscrito en vía administrativa al Ministerio de Comercio.

Atribuye la Ley al Tribunal, jurisdicción para enjuiciar los actos y prácticas ilícitos de acuerdo con la misma e igualmente para efectuar las declaraciones o intimaciones previstas en la propia Ley.

No es este, desde luego, el lugar indicado para efectuar un estudio de este órgano jurisdiccional - creado por la nueva ley. Nos interesa en cambio, destacar que constituye una pieza fundamental en la - aplicación de la misma y que para la interpretación de los preceptos legales hasta aquí estudiados, el - conocimiento y el análisis de la jurisprudencia ya - emanada de dicho Tribunal parece decisivo. Realizaremos, por consiguiente, un estudio de las resolucio-- nes que hasta la fecha han sido dictadas por el refe-- rido Tribunal. Estas resoluciones son las siguientes:

1º. Resolución de 28 de abril de 1965 (Federación Española Sindical de Armadores de Buques de Pesca c. Ayuntamiento de Peñarroya-Pueblo Nuevo).- El asunto fué suscitado por la referida Federación que

denunció la municipalización con monopolio del servi  
cio de venta al por mayor de pescado fresco por el  
Ayuntamiento de Peñarroya-Pueblo Nuevo. El Tribunal  
por autor de 28 de abril de 1965 declaró que, sin en  
trar en el fondo del asunto, no había lugar a pro--  
veer en las mencionadas actuaciones. La resolución -  
del Tribunal obedece a razones de carácter procesal.  
La actuación del Tribunal no puede producirse ni de  
oficio ni a virtud de denuncia formulada ante el mis  
mo. El cauce o conducto que necesariamente ha de re-  
correrse para alcanzar su intervención es el del Ser-  
vicio de Defensa de la Competencia, órgano de la Ad-  
ministración llamado a incoar en su caso los oportu-  
nos expedientes cuya resolución atribuye la Ley al  
Tribunal..

Es cierto que la Ley atribuye al Tribunal la fa  
cultad de dirigirse al Gobierno interesando la supre-  
sión o modificación de una situación restrictiva de  
la competencia en materia de abastecimiento de las -  
poblaciones, cuando tengan su origen, concesión, auto  
rización o licencia otorgada por corporaciones o auto  
ridades locales, pero ello no quiere decir que esta  
facultad pueda ejercerse por el Tribunal en todo ca-



so, sino que solo le compete, cuando teniendo conocimiento de los hechos a través de un expediente incoado por el Servicio de Defensa de la Competencia, - viéndose el Tribunal impedido de dictar resolución - declaratoria de la existencia de práctica prohibida, por imperativo de lo que establece el núm. 1 del artículo 4º de la Ley, haya sido sin embargo formada la convicción de que la práctica restrictiva de la - competencia protegida del precepto citado, debe ser, por los graves daños que produzca al orden público - económico, modificada e incluso suprimida.

Por consiguiente, la conclusión a la que el Tribunal llega es que el camino procesal seguido no ha sido adecuado.

2º. Resolución de 1 de febrero de 1966 (Comisario General de Abastecimientos y Transportes c. Ayuntamiento de Yecla.- El Comisario de Abastecimientos y Transportes se dirigió al Tribunal dando cuenta de que el Ayuntamiento de Yecla, mediante una ordenanza municipal tramitada y aprobada sin oposición ni recurso, había dispuesto que las frutas, verduras, hortalizas, carnes, pescados y embutidos sólo se pudie-

ran vender en el mercado construido por la Corporación, prohibiendo que el comercio de alguno de estos artículos se llevase a cabo en las tiendas de comestibles que lo venían ejerciendo con anterioridad, al mismo tiempo que confiaba las facultades administrativas y recaudatorias del mercado a la Caja de Ahorros del Sureste de España.

El Tribunal, por auto de 1 de febrero de 1966 declaró que, sin entrar en el fondo del asunto, no había lugar a proveer en el presente trámite a lo propuesto por el Comisario General de Abastecimientos y Transportes. Los fundamentos del referido fallo son muy similares a los antes referidos de la Resolución de 28 de abril de 1965.

3º. Resolución de 10 de diciembre de 1965 (Central Española de Ventas de Aglomerados de Corcho para Aislamiento, S.A. - Cevaca, S.A.).- La citada Sociedad dirigió un escrito al Tribunal manifestando que había sido constituida con objeto primordial de efectuar la venta en común en los territorios del Estado español de planchas planas y rectangulares de dicho corcho aglomerado puro, para aislamientos téc-



nicos y acústicos, fabricadas por las cinco empresas asociadas; que en todo el territorio nacional existían, además, otras once empresas dedicadas también a la fabricación de iguales productos, algunas de ellas de más importancia que las asociadas; que la creación de la Central había obedecido a la apremiante necesidad de luchar con los graves inconvenientes derivados de la deficiente calidad de los productos, que había originado quejas, tanto en el mercado interior como en el exterior y que podía ocasionar irreparables consecuencias, dada la competencia de otros países; que al vender los productos fabricados por las empresas integradas, se aseguraba el control de la calidad de los mismos y los precios, evitándose así una competencia ruinosa entre dichas empresas, en detrimento de la calidad de los productos.

En el escrito se solicitaba que el Tribunal declarase que la finalidad y el objetivo de Cevaca, S.A. no constituía una práctica prohibida y en el supuesto de que pudiera estar afectada por las normas de la Ley se declarase exceptuable, por suponer una mejora y beneficio en la producción y distribución de los productos fabricados, redundando todo ello en la

misma calidad de los mismos con el consiguiente bene  
ficio para la economía nacional.

El Tribunal por auto de 10 de diciembre de 1965 declaró no haber lugar a la solicitud formulada, sin que proceda por ahora hacer pronunciamiento alguno - con respecto a la posible prohibición de las prácticas que puedan derivarse de la fusión o agrupación - de empresas llevadas a cabo a través de la referida sociedad, e intimando a la misma para que el desen-  
volvimiento de su actividad social se ajuste a las - prescripciones legales.

Los fundamentos de la resolución recurrida, en síntesis, son los siguientes:

El contenido de Cevaca, S.A. acusa una actitud mercantil incurso, en principio, en la prohibición - legal del apartado A del artículo 3º de la Ley, como es la de vender toda la producción destinada al mer-  
cado nacional a través de dicha sociedad, en las con-  
diciones y precios que se fijen o puedan fijarse en lo sucesivo por el Reglamento de régimen interior; - no se ha demostrado que dicha actitud o finalidad re



dunde en beneficio del interés público, circunstancia esta que debería haber demostrado la Sociedad solicitada; la excepción no puede interpretarse como criterio amplio, sino restrictivo; y, por otra parte, no procede hacer declaración expresa de la existencia de práctica prohibida porque no se ha acreditado su ejercicio y falta además el requisito a que hace referencia el núm. 2º del artículo 112 del Reglamento del Tribunal.

En conclusión, el acuerdo de constitución de Cevaca, S.A. puede constituir, a juicio del Tribunal, una práctica restrictiva de la competencia y no existe razón alguna para exceptuar.

4º. Resolución de 14 de febrero de 1966 (Garri ga y Puig, S.R.C., Reliable Cork Company, S.L. y Cor chera Española, S.A.) - Las empresas citadas, que son, curiosamente dos de ellas además, fundadoras de la Cevaca, S.A. y que en el apartado anterior hemos hecho referencia, acudieron al Tribunal dándole cuenta del acuerdo o convenio a que habían llegado para la compra de corcho, bornizo de invierno o "chaspa" y solicitando que se declarara que no constituía -- práctica prohibida o, en otro caso, que se la consi-

deraba como práctica exceptuable al amparo del artículo 5º de la Ley. En virtud de las principales cláusulas del convenio en cuestión, Corchera Española S.A. por cuenta de las tres empresas, era la única compradora del bornizo de invierno, al precio que fijara una Comisión de compras formada por un representante de cada una de ellas, las cuales repartían entre sí la materia prima según los porcentajes que se fijaban. La mercancía podía adquirirse de los proveedores incluidos en la lista establecida por la Comisión de compras, la cual podía aumentar o disminuir dicha lista. Se facilitaba a los proveedores herpiles y anticipos y cada fábrica fijaba los descuentos por coreo, comunicándolo a la Corchera para que ésta los aplicara. La duración del convenio era de tres años.

Las empresas interesadas argumentaban que la finalidad del pacto era conseguir y asegurar una distribución estable de la "chaspa" entre ellas, con el fin de evitar que una competencia desigual lesionara a una u otra, perjudicando, según el nivel de precios entre el mercado nacional y el internacional, la distribución en nuestro país o la exportación. Alegaban, además, que la escasez de bornizo, dada la capacidad de consumo de las fábricas, obligaba a procurarse -



como fuera, una cantidad mínima, para que los costes de fabricación permitieran obtener precios normales en el mercado.

Además de las tres empresas referidas existían otras que compraban la mercancía en la referida zona y que se vieron afectadas por el acuerdo.

El Tribunal, en la fecha indicada, 14 de febrero de 1966, dictó sentencia desestimando la solicitud de autorización de prácticas exceptuables, declarando que no procedía en aquel momento hacer declaración expresa de la existencia de una práctica prohibida, e intimando al mismo tiempo a cada una de las citadas empresas para que cesen en ella, bajo el apercibimiento de que si no lo hiciesen serían castigadas por la jurisdicción ordinaria con la pena prevista en el artículo 237 del Código Penal e incurrirían, en su caso, en las demás responsabilidades de los autores de prácticas prohibidas.

A juicio del Tribunal la simple lectura del acuerdo, conforme a la cual solo hay un comprador de bornizo de invierno por cuenta de las tres empresas, las cuales además fijan los precios a través de una

Comisión, revela que tal convenio anula o impide la competencia entre ellas. Además, esta fijación de precios ha constituido un instrumento de limitación por la concurrencia de otras empresas, en la adquisición de la materia prima que todas ellas precisan para fabricar aglomerados. Este carácter limitativo de la concurrencia de terceros lo demuestra el hecho de que las empresas concertadas confesaban su preocupación de asegurarse, como sea, una cantidad mínima de mercancía, de haber fijado precios superiores en un 10% a los medios y que aquellos precios resultaron prohibitivos para otros compradores.

No existe, por otra parte, razones para considerar el acuerdo como una práctica exceptuable, pues no se trataba mediante él de adecuar la oferta a la demanda, por no existir en el mercado una tendencia sostenida de disminución de ésta (artículo 5º A), ni tampoco de un acuerdo para la defensa de la exportación (artículo 5º C). Finalmente, a juicio del Tribunal, tampoco cabría aplicar el apartado a) del artículo 5º, que se refiere a los acuerdos sobre aplicación de normas y tipos comunes de carácter técnico, comercial o de organización, con el fin de racionaliz



zar los procesos económicos y aumentar el eficiente de las empresas.

5º. Resolución de 19 de enero de 1966 (Central Internacional, S.L. Echevarría, S.A. - O. Mustad y Cía.) - Las empresas aludidas se dirigieron al Tribunal manifestando que Central Internacional, S.L. se había constituido con el fin de asegurar el abastecimiento en el mercado nacional del clavo de herrar, tanto en cantidad como en calidad y precios, y nacionalizar totalmente la producción de este artículo, evitándose por ello la competencia ruinosa establecida entre los fabricantes. Aseguraban que Central Internacional, S.L. pretendía cumplir dos objetivos, como eran estimular, racionalizar y unificar los pedidos de clavo de herrar en el mercado español, mediante la aplicación de tarifas nacionales y concesión de bonificación conjuntas por consumo y lograr mediante la unión de empresas una mejor organización productiva y comercial en aras del interés público. Solicitaban por todo ello que el acuerdo se inscribiera en el Registro creado por el artículo 21 de la Ley, considerándose como prácticas exceptuables las realizadas por Central Internacional, S.L.

El Servicio de Defensa de la Competencia emitió su informe en el sentido de considerar procedente la autorización de la actividad de Central Internacional S.L., únicamente en cuanto se refiere al clavo de herrar, declarando exceptuable la práctica de fijación de precios comunes y bonificaciones conjuntas por consumo, en tanto concurren las actuales condiciones de disminución de la demanda y continúen siendo razonables los precios de venta y no se abuse por Central Internacional, S.L. de su posición dominante en el mercado. En igual sentido se pronunció la Organización Sindical. El Tribunal en su Sentencia de 19 de enero de 1966, declaró práctica exceptuable, - en lo referente a la venta y distribución de clavos de herrar y bonificaciones en los precios para cantidad y calidad similares de los mismos, el acuerdo - existente entre las empresas mencionadas, en virtud del cual, Central Internacional, S.L. actúa como representante y agente exclusivo de ventas en España - del clavo de herrar fabricado por S.A. Echevarría - O. Mustad y Cía, todo ello en tanto subsistan las actuales circunstancias económicas del mercado a cuyo efecto el Servicio de Defensa de la Competencia ejerce



cerá la debida vigilancia para el caso de que, como consecuencia de posibles incrementos en la demanda - de dicho artículo, fuera procedente proponer al Tribunal la revisión de este acuerdo.

El Tribunal consideró que el acuerdo sobre limitación de la venta y distribución de clavos de herrar y fijación de precios y bonificaciones comunes, constituía una práctica prohibida incurso en los números 1 y 2 del artículo 1º y en el número 2, apartado b) del artículo 2º de la Ley, pero entendió que - se daban los requisitos para considerarlo como práctica exceptuable, de acuerdo con los apartados a) y b) del artículo 5º, pues es evidente la progresiva disminución de la demanda de clavos de herrar y no es - previsible ningún aumento de la misma, como lo demuestra el cierre de varias fábricas europeas y la disminución de la producción de las actualmente existentes.

6º. Resolución de 19 de febrero de 1966, (Corcho, S.A. c. Compañía Roca Radiadores, S.A.) - La primera de las mencionadas Sociedades se dirigió al Tribunal manifestando que venía dedicándose desde el año 1922, entre otras actividades, a la fabricación de - bañeras de hierro, esmaltadas al fuego y otros artículos



los similares, complementarios y análogos de reconocida calidad y prestigio. Como consecuencia de la política de precios y condiciones de suministro que venía practicando la Compañía Roca Radiadores, S.A. en los mismos artículos, Corcho S.A. se vió precisada a suspender la fabricación de los citados elementos, ofreciendo en venta a la Compañía Roca Radiadores, S.A. su utillaje de bañeras, mediante el pago del precio que convinieron. En dicho contrato de compra-venta, Corcho, S.A. se comprometió a abandonar la producción en el futuro de los referidos elementos. Corcho, S.A. solicitaba que se declarase que el compromiso contraído infringía lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley de 20 de julio de 1963 al limitar la competencia, con el consiguiente perjuicio para la economía nacional y el interés de los consumidores. La Compañía Roca Radiadores, S.A. alegó que se hallaba dispuesta a relevar a Corcho, S.A. del compromiso contraído en 25 de noviembre de 1960, siempre que ésta última empresa estuviera dispuesta a satisfacer la correspondiente indemnización, pues en otro caso se produciría un enriquecimiento injusto. En todo caso, el compromiso, antes de la entrada en vigor de -



la Ley de 1963 fué perfectamente válido, por lo cual los efectos de la decisión del Tribunal deberían ser ex-nunc y no ex-dunc.

El Tribunal en su Sentencia de 19 de febrero de 1966 declaró incurso actualmente en la prohibición legal el compromiso adquirido por Corcho, S.A. en 25 de noviembre de 1960, como consecuencia de un contrato de venta de utillaje, para la fabricación de bañeras y otros elementos sanitarios, de abandonar la fabricación de dichos elementos. Decretó, asimismo, la nulidad del referido compromiso a intimó a Roca Radiadores, S.A. para que se abstenga de impedir o dificultar a Corcho, S.A. la fabricación de los expresados elementos sanitarios, apercibiéndola para caso de desobediencia de que podrá incurrir en las responsabilidades del artículo 27 de la Ley. El Tribunal entendió que el contrato, en la fecha de su celebración, era válido y lícito, pues la cláusula discutida no resultaba entonces contraria a las leyes, a la moral ni al orden público, habiendo sido solo con posterioridad prohibida por la Ley de 1963. La cláusula caía de lleno dentro de la prohibición de dicha Ley, pues según resultaba de los informes sobrantes



en el expediente, el mercado nacional es deficitario e insuficiente a las necesidades de la demanda de esos elementos en la construcción, habiendo sido incluso preciso autorizar su importación.

7º. Resolución de 30 de abril de 1966 (Consortio de fábricas de neumáticos).- El consorcio de fábricas de neumáticos integrado por cuatro de las empresas productoras de estos artículos solicitó del Servicio de Defensa de la Competencia que se declararan exceptuables las prácticas o actividades derivadas de la constitución del Consorcio. Instruido el oportuno expediente el Servicio de Defensa de la Competencia elevó al Tribunal un Informe-propuesta en sentido de que debía desestimarse la petición formulada por el mencionado Consorcio, por no contenerse en el pacto constitutivo del mismo, pronunciamiento alguno constitutivo de restricción de la competencia. Sin embargo, entendió el Servicio que debía declararse prohibida la práctica concertada o conducta conscientemente paralela existente entre las cuatro empresas al mantener, en general, precios y descuentos comunes.



El Tribunal en Sentencia de 30 de abril de 1966 declaró que no había lugar a pronunciarse sobre la - solicitud de declaración de práctica exceptuable y al mismo tiempo declaró también la no existencia de conductas conscientemente paralelas por parte de las empresas integrantes del Consorcio.

La resolución citada se fundó sustancialmente en que en la escritura de constitución del Consorcio no se contenía acuerdo alguno que pudiera ser considerado como prohibido legalmente, por estar comprendido - en el artículo 1º de la Ley, por lo cual faltaban los supuestos de hecho básicos para la concesión de autorización o exceptuación. Entendió también el Tribunal que no existían conductas conscientemente paralelas, pues estas solo pueden ser objeto de prohibición y de sanción cuando tengan por objeto o produzcan el efecto de impedir, falsear o limitar la competencia en to do o en parte del mercado nacional y, si bien es cier to, que se dá la circunstancia de igualdad en precios y descuentos básicos en las tarifas de las cuatro fábricas, es muy frecuente la concesión de descuentos - especiales y "rappels" acordados entre cada fábrica y sus clientes para convenir unos precios de venta infe riores a los de las expresadas tarifas.



8º. Resolución de 25 de mayo de 1966. (Potasas Españolas, S.A.) - La referida Sociedad en su nombre y en el de tres empresas más, acudió al Servicio de - Defensa de la Competencia solicitando que previa la - tramitación procedente fueran declaradas exceptuables las prácticas derivadas de los convenios celebrados - por las mismas. En virtud del referido convenio, las tres empresas productoras de sales potásicas, confia-- ban a Potasas Españolas, S.A. la venta en comisión, - en nombre propio, pero por cuenta de aquellas de las sales potásicas procedentes de sus minas, tanto en el mercado interior como en el mercado internacional. Es ta facultad alcanzaba a la venta de la producción de cada una de ellas, bajo idéntico régimen y sin discri minación alguna de origen, y al establecimiento, a su arbitrio, de las condiciones de cada operación. Se - convenía, por último, que las entregas de las mercancías de cada empresa productora se liquidarían al pre cio medio que se obtuviera en el conjunto de la campa ña.

El Tribunal en la sentencia dictada en la indica da fecha, 25 de mayo de 1966, declaró práctica excep tuable la derivada del convenio en cuestión; ordenó -

que dicho convenio debía inscribirse en el Registro; y ordenó, además, que Potasas Españolas, S.A. debería mantener el mercado interior de potasas suficientemente abastecido y lòs precios a un nivel razonablemente inferior al que rija en el mercado internacional, sin cuyas condiciones las prácticas exceptuables deberían ser prohibidas.

Entendió el Tribunal que el convenio referido al suprimir el libre juego de la competencia, que naturalmente hubiera debido establecerse entre las tres - empresas comitentes para el desenvolvimiento de sus - respectivas ventas en el mercado interior, puede considerarse comprendido en las prohibiciones contenidas en el núm. 1º del artículo 1º de la Ley. No obstante ello, el Tribunal llegaba a la conclusión ~~de~~ que se - le debe declarar práctica exceptuable, toda vez que la industria productora de sales potásicas en España se ha venido desarrollando y sigue desarrollándose sobre la amplia base que le ha ofrecido y le sigue ofreciendo la exportación, de tal manera que la cantidad colocada en el mercado interior es marcadamente inferior a la que se coloca en el mercado mundial. La estruc-tura del mercado europeo de los potasios ha aconsejado



en otros países productores la máxima concentración posible en sus respectivas organizaciones de venta, a fin de darle la dimensión apropiada a la importancia del mercado que tratan de servir y de dotarlas de una personalidad capaz de hacer respetar sus propios intereses. Todo ello permitía concluir que el caso se encontraba incluido dentro del núm. 2º del artículo 5º de la Ley, ya que el objeto del acuerdo era defender o promover las exportaciones y la restricción de la competencia que de ello resultaba, no afectaba perjudicialmente al mercado nacional.

9.. Los contratos de exclusiva en la Ley de Prácticas Restrictivas de la concurrencia. ¿Hasta que punto caben los pactos o cláusulas de exclusiva en el ordenamiento creado por la mencionada Ley de 20 de julio de 1963?. El artículo 1º de la Ley prohíbe "las prácticas surgidas de convenios, decisiones o conductas conscientemente paralelas, que tengan por objeto o produzcan el efecto de impedir, falsear o limitar la competencia en todo o en parte del mercado nacional" (artículo 1º, 1.). Como consecuencia de la referida prohibición con que la Ley se abre, el apartado 2 del mismo artículo declara -

nulos como contrarios a la Ley y al orden público, - los convenios entre empresas y los acuerdos y decisiones de todo género de uniones, asociaciones o agrupaciones de aquellas que originen prácticas de las - prohibidas en el artículo anterior.

Si llegamos, por tanto, a la conclusión de que - un pacto de exclusiva constituye un convenio que impide, falsea o limita la competencia, dicho convenio - habrá de ser considerado nulo como contrario a la Ley y al orden público, Hay que confesar que es muy difícil concretar el sentido general del artículo 1º de - la Ley de 20 de julio de 1963, y, en particular, la - idea de "impedir, falsear o limitar la competencia".

A primera vista parecê posible admitir que en - virtud de un pacto o cláusula de exclusiva se trate de conseguir alguna de las finalidades transcritas. Desde este punto de vista puede afirmarse que un contrato de suministro con cláusula de exclusiva entraña una limitación en la distribución de un producto o - mercancía y que a través de una cláusula de exclusiva pueda llegarse a un reparto de mercados, de áreas territoriales o de sectores de suministros. ¿Quiere ello



decir, entonces, que las cláusulas de exclusiva están incursas en la prohibición del artículo 1º de la Ley de 20 de julio de 1963?. A nuestro juicio, a esta conclusión no debe llegarse necesariamente. Puede observarse que lo que la Ley de 20 de julio de 1963 prohíbe, bajo la denominación de prácticas concertadas, - son convenios entre "empresas " y por extensión, acuerdos y decisiones de uniones o asociaciones de empre--sas. Esta observación, aunque a primera vista pueda - parecer baladí, tiene sin embargo, para nuestro tema, una gran importancia, pues ya en páginas anteriores - recordamos como caben dos tipos distintos de cláusulas de exclusiva, unas insertadas en contratos en que ambas partes contratantes eran empresarios mercantiles y otras que se insertan en contratos de los cuales - únicamente una de las partes, el acreedor de la prestación en exclusiva, es un empresario. Ello significa, por tanto, que sólo, prima facie, el primero de los - tipos de cláusula o pacto de exclusiva, es decir, - aquel que se inserta en contratos entre empresarios, entra en colisión con las normas de la Ley de 20 de julio de 1963 y no en cambio el segundo. Por lo tanto, cuando el deudor en exclusiva no es un empresario mer



cantil, la exclusiva es perfectamente válida. El hecho de que un empresario tenga en exclusiva los servicios técnicos, profesionales o de gestión de una persona, no atenta para nada a la libre competencia.

El problema lo plantean entonces aquellos pactos o cláusulas de exclusiva que se inserten en contratos celebrados entre sí por dos empresarios mercantiles. ¿Hasta que punto ese tipo de pactos o de cláusulas choca con la Ley de 20 de julio de 1963?. También aquí conviene realizar alguna distinción. La Ley de 20 de julio de 1963, aunque de su texto no se desprenda con absoluta claridad, lo que parece prohibir, son los convenios entre empresarios que se encuentran en el mismo plano del proceso económico o verbigracia, entre fabricantes de la misma mercancía, entre comerciantes vendedores del mismo producto, etc. En cambio, cuando un pacto o cláusula de exclusiva se inserta en un contrato entre empresarios, lo que se produce según habíamos señalado ya es la integración de uno de ellos en sentido vertical, en el ámbito de la empresa de la industria y en función auxiliar de la misma. Las prácticas concertadas prohibidas por la Ley de 20 de julio de 1963, son, a primera vista, convenios ho-



rizontales entre empresarios de una misma rama, mientras que los pactos o cláusulas de exclusiva son normalmente, convenios verticales entre empresarios que se encuentran en planos distintos.

Una práctica concertada es, por ejemplo, un convenio entre los fabricantes o productores de una mercancía. Un pacto de exclusiva suele darse, por hipótesis, entre el fabricante y el distribuidor. De ello se desprende que no es necesaria la colisión entre los pactos o cláusulas de exclusiva y las normas prohibitivas de las prácticas restrictivas de la libre concurrencia. Normalmente, ambas se moverán en cimientos distintos, y podrán, por ello, coexistir perfectamente. Esta conclusión, sin embargo, no es absoluta ni impide que, en ocasiones, ambos círculos puedan acortarse y que aparezca, como consecuencia, una zona sectorial de colisión. Conviene en este momento volver la vista hacia atrás y recordar que los apartados b) y c) del artículo 3º de la Ley de 20 de julio de 1963 prohibían aquellas prácticas concertadas que tenían como finalidad limitar la producción o distribución o bien repartir los mercados, las áreas territoriales o los sectores de suministro.



A nuestro juicio, es perfectamente posible que una de las referidas finalidades intente lograrse a partir de una cláusula de exclusiva. Cuando el fabricante A conviene en que solo suministrará los productos que fabrica el distribuidor B, el distribuidor B tiene, o puede tener, en definitiva, en su mano, las posibilidades de limitar la producción pues él encauza y canaliza toda la producción de ese fabricante. Y a la inversa: cuando es el distribuidor quien adquiere la exclusiva queda también limitada la distribución del producto. Por otra parte, es claro que - cuando el apartado c) del artículo 3º de la Ley de - 20 de julio de 1963 prohíbe los convenios que tengan por objeto un reparto de mercados, áreas territoriales o sectores de suministros, está pensando, en primera línea, un acuerdo entre fabricantes para conseguir entre ellos algunas de las finalidades mencionadas, pero no cabe duda que una finalidad semejante - puede conseguirse también a través de contratos con cláusulas de exclusiva, por ejemplo, cuando un único fabricante reparte o divide un área territorial - entre varios distribuidores en exclusiva.

Por todo ello debemos llegar a la conclusión de

que por regla general no puede decirse que las exclusivas choquen con la Ley de 20 de julio de 1963, si bien hay que admitir que en ocasiones concretas, un contrato entre empresarios con las cláusulas de exclusiva, dirigido a intentar alguna de las finalidades que la mencionada Ley considera prohibidas puede recibir la sanción de nulidad establecida en el artículo primero, apartado 2, de la misma.

Pocas veces podrá decirse, como aquí, que "en -- principio está el caso".



PARTE TERCERA

=====

LA CUESTION DE LA EFICACIA

PARTE TERCERA

=====

LA CUESTION DE LA EFICACIA

CAPITULO SEPTIMO

Los límites de la eficacia del Pacto de Exclusiva

1. Introducción.-

La Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1955, que contiene, según hemos dicho ya, el estudio más completo de las cláusulas de exclusiva que se ha realizado hasta la fecha entre nosotros, además de contener una caracterización general de dichas cláusulas, a la que con anterioridad nos hemos referido, hace alusión a dos notas características de las mismas, en torno a las cuales convendrá que nos detengamos ahora, siquiera sea brevemente. La obligación de no contratar o de no realizar o de no recibir una determinada prestación, que constituye la médula



del pacto de exclusiva -dice el T.S.- se concreta "en una determinada zona y por un determinado tiempo". - Aparecen así dos notas delimitadoras de la eficacia de la cláusula: un límite temporal (tiempo determinado) y un límite espacial (determinada zona).

En el mismo sentido señala GARRIGUES que la cláusula de exclusiva, que conduce a una limitación de la actividad industrial o comercial, será lícita cuando tenga ciertos límites, a fin de evitar que se traduzca en una intolerable violación de las normas sobre competencia. En definitiva, señala el autor citado, - se trata de una cuestión de límites: la exclusiva será lícita siempre que tenga límites temporales y espaciales.

Algunos autores (1), sin embargo, añaden a estas limitaciones -temporales y espaciales- una limitación en cuanto al objeto de la exclusiva, así como la limitación que el interés del acreedor proyecta sobre el ejercicio del derecho de éste (2).

## 2. El límite temporal del pacto de exclusiva.

El problema del límite temporal del pacto de exclusiva se plantea teniendo en cuenta que el contrato

principal, al cual el pacto de exclusiva se añade o juxtapone, postula para poder cumplir y realizar la función económica a la cual se dirige, una cierta - duración temporal: es decir, se trata de lo que la doctrina viene denominando relaciones obligatorias duraderas o bien, si se prefiere, contratos de tracto sucesivo. Como con razón señala FRANCESCHELLI (3) una cláusula de exclusiva juxtapuesta o un contrato que se resuelva, por su naturaleza o por la voluntad de las partes en una sola prestación o en varios actos solutorios fraccionados de una única prestación originariamente debida, constituiría algo carente -- por completo de sentido. La exclusiva, por definición, se dirige a vincular al acreedor con el deudor, y a ambos en relación con terceras personas, durante toda la vigencia de la relación obligatoria principal, que por esto ha de ser una relación obligatoria duradera. Efectivamente no tiene sentido una cláusula de exclusiva en un contrato de ejecución instantáneo o en un contrato con una sola prestación aún cuando - ésta quede diferida. Las cláusulas de exclusiva exigen contratos de tracto sucesivo: suministro, trabajo arrendamiento de servicios, gestión, etc. (4).



Supuesto lo anterior, la cuestión que se plantea consiste en dilucidar si esa necesaria duración del vínculo contractual ha de encontrarse de alguna manera - predeterminada o si por el contrario, es posible una indeterminada duración de la relación obligatoria nacida del negocio jurídico básico. En uno y otro caso, cabe cuestionar todavía si esa determinada o indeterminada duración temporal encuentra en alguna norma del derecho positivo o en alguna exigencia institucional un límite.

Por lo que se refiere al primero de los problemas citados, la duración de la relación obligatoria, algunos ordenamientos positivos, efectivamente, resuelven la cuestión en forma afirmativa exigiendo que la duración sea establecida por las partes en el contrario (5) y - ésta es la solución a que llega ante nosotros, según hemos visto, la sentencia de 29 de octubre de 1955. La conclusión a la que llega esta sentencia, cuando habla de "tiempo determinado" se encuentra, a nuestro juicio, influida por la doctrina italiana, por la que parece inspirada, sin parar mientes en que - aquella doctrina se funda en un ordenamiento jurídico que posee unos preceptos muy concretos, de los que, en cambio, el nuestro carece por completo (6). Por --

ello, en nuestra opinión, el único camino posible para dar una solución al problema consiste en recurrir a las reglas y principios generales del Derecho de obligaciones. A primera vista puede observarse que cabe contemplar dos hipótesis distintas. La primera de dichas hipótesis la constituye el caso en que las partes han establecido efectivamente, un plazo que marque la duración temporal del vínculo contractual que entre ellas se crea. En tal caso el problema será un problema de límites, pero la determinación habrá quedado cumplida. La segunda hipótesis se producirá, por el contrario, en aquel caso en el cual los contratantes, habiendo establecido entre ellos la relación obligatoria y habiendo dado a la misma el carácter de exclusiva, mediante el correspondiente pacto o cláusula, hayan omitido por completo referirse a la duración temporal del mismo. Frente a este supuesto, que es el único que reviste alguna gravedad, caben, a nuestro juicio, tres soluciones diversas.

La primera solución consiste en admitir que, efectivamente, el señalamiento de una determinada duración temporal, constituye un requisito esencial para la validez del pacto o cláusula de exclusiva,



de tal manera que admitido el cumplimiento de dicho requisito, el pacto o cláusula será nulo. Si la nulidad del pacto o cláusula de exclusiva repercute o no en la validez del contrato principal en que la exclusiva se ha insertado es tema que debe quedar por el momento entre paréntesis, remitiéndonos, sobre este punto, a lo que dijimos al estudiar los problemas relativos a la eficacia de la figura que estamos estudiando.

La segunda solución consiste en tratar de poner en juego la norma contenida en el artículo 1.128 del Código Civil. Como es sabido, con arreglo a este precepto si la obligación no señalare plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, los tribunales fijarán la duración de aquel. Con arreglo a esta tesis un contrato con cláusula de exclusiva por tiempo indeterminado, sería válido y las partes se verían en la necesidad de recurrir, de no llegar sobrevenidamente a un acuerdo sobre este punto, a reclamar una determinación judicial por el tiempo y duración del contrato.

Esta segunda solución presenta, a nuestro juicio, algunas dificultades tanto en el orden técnico como en el orden práctico. En el orden práctico es evidente e que ocasiona una seria dificultad la necesidad de tener que recurrir a un procedimiento judicial para obtener la fijación del plazo. En el orden técnico, parece claro, a nuestro juicio, que cuando el artículo 1.128 del Código Civil establece la posibilidad de lo lograr una fijación judicial del tiempo o plazo de la obligación, se está refiriendo no al plazo de duración de la relación obligatoria o vínculo nacido del contrato, sino al tiempo o momento en el cual el deudor debe cumplir o realizar la prestación. No es la duración de un contrato lo que el artículo 1.128 remite a la fijación de los tribunales, sino el establecimiento del momento del pago o "tempus solutionis".

La tercera posible solución del problema de los contratos con cláusula de exclusiva cuya duración haya quedado indeterminada consiste en admitir su validez, supuesto que lo esencial a ellos es, como hemos dicho, un tracto sucesivo y una duración temporal, pero no su total y absoluta indeterminación. Como quiera que el problema que tales casos se plantea es el de -



la inconveniencia de mantener al deudor vinculado durante un espacio indeterminado de tiempo, la dificultad puede resolverse admitiendo que en los casos en que la duración de la exclusiva haya quedado indeterminada por las partes, éstas disponen de una facultad de denuncia o de rescisión del contrato. Es obvio que una semejante facultad para poner fin al vínculo contractual no posee decisivo apoyo dentro de nuestro sistema de Derecho positivo. Sin embargo, a nuestro juicio, encuentra su más hondo fundamento en esa imposibilidad de mantener indeterminadamente vinculado al deudor y, además, parece que es una regla general a todas aquellas relaciones obligatorias, en las cuales se produce una vinculación intuitu personal entre las partes. Así, en el contrato de sociedad (artículo 1.700, 4º), en el contrato de mandato (artículo 1.732 1º y 2º), en el contrato de arrendamiento de servicios (artículo 1.583 y siguientes).

En resumen: cuando el contrato o cláusula de exclusiva haya omitido establecer la duración temporal de ésta, debe llegarse, a nuestro juicio, a la conclusión de que el contrato es válido y surte todos sus efectos, pero las partes disponen de una facultad di-

rigida a poner término al vínculo contractual. El -- ejercicio de esta facultad está condicionado, únicamente, por las exigencias de la buena fé y del uso - de los negocios (artículo 1.258 del Código Civil) que pueden sin duda imponer para el ejercicio de la facultad rescisoria o de denuncia un plazo de pre-aviso. La determinación de este plazo de pre-aviso, a falta también de una concreta norma legal que lo establezca, tiene que quedar sometida a las mismas exigencias antes apuntadas, es decir, a la buena fé (tiempo razonable) y al uso de los negocios. -

La duración temporal de los contratos con las - cláusulas de exclusiva, además de plantearnos el problema de la necesidad de su determinación y de las - consecuencias que se producen en el caso de indeterminación, suscita también, como habíamos dicho, la - cuestión relativa a los posibles límites temporales de aquella duración. Aunque en el negocio jurídico - constitutivo la duración haya sido concreta y absolutamente establecida por las partes contratantes ¿encontramos aquella algún límite o es por el contrario - enteramente libre?. Parece muy claro que a la concién



cia social no le sorprenderá que un contrato de suministro o de servicios con cláusula de exclusiva pueda tener una duración de dos, tres, o cinco años. Sin embargo, al pensar en una duración mayor -por ejemplo, diez, veinte, treinta años- las dudas parece que comienzan a surgir. El problema ha quedado, efectivamente, resuelto en los ordenamientos jurídicos más modernos y progresivos, como el Código Civil italiano que establece, concretamente, un límite temporal a la duración de las obligaciones nacidas del pacto o cláusula de exclusiva. En nuestro Derecho, donde la institución se encuentra, como sabemos, huérfana de regulación legal, el problema se plantea con toda su agudeza. También aquí será necesario otra vez integrar la laguna de la Ley supliendo la falta de regulación con los principios generales del Derecho de obligaciones. Por lo pronto, resulta claro a nuestro juicio que el pacto o cláusula de exclusiva no podrá superar aque--lla duración que para el contrato principal en el que se encuentra insertado, pueda en cada caso establecer la Ley. A falta de norma que establezca un límite temporal para la duración del contrato principal, no existen, en nuestro Derecho, otros límites que los ge

néricos de la autonomía privada establecidos por el artículo 1.255 del Código Civil, es decir, la moral y el orden público, idea que refuerza el ya citado artículo 1.583, en materia de arrendamiento de servicios, cuando establece que el arrendamiento de servicios hecho por toda la vida es nulo, pues es evidentemente contrario tanto a la moral como al orden público. Decidir, en presencia de cada supuesto dado, cuando su duración es excesiva, por no ajustarse a las exigencias de la moral y del orden público, constituye una difícil y delicada cuestión de valoración, que habrá de ser dilucidada en cada caso por las propias partes de mutuo acuerdo o en su defecto por el juez tomando en consideración las ideas y convicciones imperantes en el grupo social en que la relación contractual se desenvuelva. Ahora bien, supuesta la excesividad del plazo de duración estipulado para el vínculo contractual con exclusiva, cabe discutir también cuales ha de ser las consecuencias de esta excesividad, pues, a primera vista, pueden ser dobles: - una, la nulidad del pacto o de la cláusula como pacto o cláusula contraria a la moral y al orden público, con todas las consecuencias que de ello se deriven; -



otra, admitir la posibilidad de que la parte perjudicada disponga de una pretensión dirigida a reducir - aquella excesiva duración temporal y a situarla dentro de sus límites normales y además admitir que una vez superada aquella duración que hemos calificado por llamarla de algún modo como "normal", las partes dispongan de una facultad de denuncia o rescisión del - vínculo análoga a lo que veíamos que existía en los - casos en que la duración de la relación obligatoria ha bía quedado indeterminada. Por las mismas razones que entonces exponíamos, esta última es la solución a nuestro juicio más correcta.

3. El límite espacial del pacto de exclusiva y el concepto de zona.

El segundo de los límites de los pactos o cláusulas de exclusiva era, según veíamos, un límite espacial, que se concreta en una determinada zona o área geográfica. Esta zona o área geográfica puede ser una región o parte de un país, un país entero, o bien un conjunto o pluralidad de países. Ocurre, sin embargo, que cuando en la doctrina y en la jurisprudencia se ha hablado del límite espacial del pacto de exclusiva

y de una "zona determinada" como ámbito espacial dentro de la cual la exclusiva surte sus efectos, ello se ha hecho contemplando, casi exclusivamente los contratos de suministro en exclusiva, por lo cual cabe cuestionar si el límite espacial o temporal es aplicable en general a todos los contratos con cláusula de exclusiva o, por el contrario, sólo a alguno o algunos de ellos, en particular a los contratos de suministro en exclusiva. Ya a primera vista resulta claro que así como la duración temporal era una ineludible exigencia, de tal manera que, según veíamos, una cláusula de exclusiva añadida a un contrato de ejecución instantánea constituía algo por completo carente de sentido, no ocurre lo mismo con el ámbito espacial.

Una cláusula de exclusiva añadida a un contrato necesita, obviamente, un ámbito espacial en que -- desarrollarse, pero ello no es una característica espcial de estos contratos, sino general a todas las relaciones contractuales. El problema no es por tanto si la exclusiva necesita o no el ámbito espacial para desarrollarse, sino dilucidar si el ámbito espacial debe quedar o no determinado por las partes y cuales han de ser en todo caso sus límites.



De la misma manera que procedimos en el epígrafe anterior, cabe también aquí distinguir según que en el contrato las partes hayan estipulado expresamente o no el ámbito espacial de vigencia del mismo. Si la determinación del ámbito espacial se ha producido por obra de las partes, entonces la cuestión será, - evidentemente, una cuestión de límite, a la que más adelante nos referiremos. En cambio, en el caso de - que el ámbito espacial de vigencia del contrato haya quedado indeterminado, ¿que solución se debe adoptar?. Cabría, a primera vista, sostener que, indeterminada la zona de aplicación del contrato, ésta sería el entero planeta, de tal manera que el deudor en exclusiva no podría en lugar alguno realizar aquellas actividades que en exclusiva ha comprometido con el acreedor. Esta solución, sin embargo, no es a nuestro juicio, correcta. No debe de olvidarse que la exclusiva se dirige, según hemos visto ya, a realizar una determinada función económica y que el derecho de crédito atribuido en exclusiva al acreedor, es, como todos los derechos subjetivos, un cauce de realización y de protección de los intereses de su titular. Aplicada esta idea a nuestro caso significa que el derecho de crédito

to en exclusiva no puede llegar más allá de donde -  
llegue, territorialmente, el interés del acreedor.  
Como quiera que, según hemos puesto también de relieve, al acreedor en exclusiva es por hipótesis un empresario mercantil, la conclusión obvia, a nuestro juicio, es que en todos aquellos casos en que la zona de vigencia del contrato con exclusiva haya quedado indeterminada, el contrato surtirá sus efectos dentro del espacio a que se extienda o razonablemente pueda entenderse que se extiende el ámbito territorial de la empresa del acreedor.

4. El límite objetivo de la exclusiva. Prestación comprometida en exclusiva y prestación prohibida por virtud de, la exclusiva.

El pacto de exclusiva impone el necesario ajuste entre los dos tipos de prestación: la que el deudor debe al acreedor y la que le queda contractualmente prohibida respecto de terceras personas. Debe existir la más perfecta identidad entre ambas, esto es, la prohibida respecto de terceros debe ser la misma de la que queda contractualmente obligado en favor del deudor. Esta identidad exige la más absoluta determi-



nación. Quiere ello decir que la exclusiva presupone una prestación específica, en cuya especificación además deben valorarse todos aquellos rasgos que sirven para caracterizarla de una concreta manera. La prestación prohibida no es otra conducta de la misma naturaleza que la convenida, sino dentro de unas determinadas circunstancias de objeto, de tiempo, de lugar, - etc. Una aplicación de esta idea a nuestros anteriores ejemplos puede contribuir a aclarar lo que tratamos - de decir:

- a. Cuando B se compromete a ser único y exclusivo agente o distribuidor de las ventas del fabricante de cementos A, la prestación que le queda prohibida a B en virtud de dicho convenio no es toda compra y venta de mercaderías, sino únicamente intermediar - en la compra-venta de cemento, que no proceda del fabricante de A y de A directamente. La exclusiva - no le impide a B intermediar en compra-venta de - mercaderías en general diferentes.
- b. La cantante que había convenido con la empresa fabricante de discos de grabación en exclusiva, puede realizar trabajos profesionales en favor de otras -

empresas, por ejemplo, dar recitales o cualquiera - otra actividad análoga, lo que no podrá es realizar grabaciones de discos con empresas competidoras de la contratante en exclusiva.

- c. El Ayuntamiento que concedía en exclusiva el uso - de un local en el mercado para la instalación del - restaurante no queda naturalmente impedido para - arrendar o conceder el uso de los demás locales, sino que a lo que viene obligado es a proporcionar al arrendatario el carácter exclusivo de su empresa dentro del mercado. Ello le obligará, naturalmente, a vedar a los demás posibles futuros contratantes el destino de los locales a una actividad análoga a la que en exclusiva ha concedido al primero.

El ajuste entre los dos tipos de prestaciones, la convenida y la prohibida, debe realizarse, pues, tomando en cuenta aquellas características de las mismas - que en el propósito de las partes ha servido para definir las o concretarlas. Esta afirmación, sin embargo, no conduce a estimar que la interpretación del negocio jurídico constitutivo de la exclusiva deba realizarse - de manera restrictiva. Por el contrario, también --



aquí entran en juego, como criterios hermenéuticos, tanto la idea de la buena fé, como la de la función económica perseguida por las partes, de tal manera que una y otro criterio pueden conducir a un ensanchamiento o a una ampliación de la prohibición contractual o, si se prefiere, a un ensanchamiento o a una ampliación de la obligación negativa que recae sobre el deudor. El agente de venta distribuidor en exclusiva del fabricante de cementos no puede, como hemos dicho, intermediar en compra-venta de cemento que proceda de fabricantes diferentes, pero tampoco podrá intermediar en la compra-venta de aquellas mercaderías que por su naturaleza puedan suponer concurrencia en el mercado para un fabricante de cementos. La cantante que ha convenido grabar discos en exclusiva con un fabricante de discos, puede dar recitales, pero no realizar aquellas actividades que puedan suponer competencia comercial para los discos fonográficos (verbigracia, cintas magnetofónicas, etc.). El <sup>4</sup>yuntamiento que concede el restaurante en exclusiva no cumple el contrato solamente impidiendo la instalación de otros restaurantes, sino también de aquellos otros negocios que puedan suponer competencia para el

empresario titular del restaurante (verbigracia, bares que tengan un servicio de comidas, cafetería, etc) Parece que se sigue de todo ello que la obligación puramente negativa que en virtud de la exclusiva asume el deudor, debe ser integrada con una serie de deberes accesorios o de deberes de conducta que son ya de signo positivo y que imponen al deudor la necesidad de realizar todos aquellos actos necesarios para que el acreedor disfrute, con carácter exclusivo, como debe ser por hipótesis, de la prestación convenida.

5. El interés del acreedor o beneficiario como límite de la eficacia del pacto de exclusiva (7).

Hemos visto ya con anterioridad como para la validez de las cláusulas de exclusiva se requiere que aquellas se produzcan dentro de un determinado límite objetivo, tiempo y espacio, de tal manera que sólo dentro de dichos límites la cláusula contiene una limitación tolerable de las libertades individuales. Fuera de ellos la restricción contractual de la libertad individual se hace ilícita y debe ser por consiguiente considerada como nula. En la doctrina se ha discutido también si para la validez de la cláusula



es necesario que exista un interés lícito y digno de la tutela jurídica (8).

El requisito del interés lícito y tutelable para el ordenamiento jurídico que a través de la cláusula se protege, debe contemplarse, desde el punto de vista del titular de la exclusiva o acreedor de ella. El exclusivista aparece como titular de un derecho - subjetivo, el derecho de crédito, que para lo que - aquí nos interesa aparece compuesto por dos facultades diversas, que son la facultad de exigir aquella - limitación de la libertad (comportamiento omisivo) en que la exclusiva consiste. Pues bien, aunque nuestro derecho positivo no contenga un precepto similar al - del artículo 1.174 del C.C. italiano, en virtud del - cual la protección objeto de un derecho de crédito debe corresponder a un interés económico, creemos que en nuestro sistema jurídico podemos llegar a una conclusión semejante. El derecho subjetivo es una forma típica de poder social que el ordenamiento jurídico tutela en la medida en que a su través se realiza un interés lícito y merecedor de dicho amparo. Un ejercicio de aquel poder que no corresponda con un interés lícito del sujeto es un acto abusivo que debe ser declara-

do inadmisible (abuso del derecho). Aplicada esta idea a nuestro tema nos lleva a pensar que sólo en la dimensión en que exista tal "interés", la cláusula de exclusiva será válida; la falta de un interés lícito condena a la invalidez a la cláusula; la medida del interés delimita también la eficacia de la cláusula. Interés "apreciable" dice ASCARELLI, esto es, social, objetivamente apreciable...Ya que la libertad de contratar y la libertad de mercado no resultan tutelados en interés privado de los particulares, sino, propiamente, en interés general y como recuerda GORLA "el costo social del vínculo debe encontrar una justificación objetivamente apreciable. Utilización particular de esta tesis se han hecho ya, cuando se ha dicho que aún en aquellos casos en que el ámbito espacial de vigencia del contrato haya quedado indeterminado el derecho de crédito en exclusiva no puede llegar más allá del punto a donde llegó territorialmente el interés del acreedor.

6. La forma y la eficacia de la exclusiva.

Un estudio de los requisitos de eficacia de la cláusula de exclusiva nos debe llevar también a estu-



diar el problema de la forma en que debe establecerse dicho pacto para ser eficaz. En la doctrina italiana los autores se inclinan por considerar necesario que el pacto conste por escrito, si bien la exigencia del escrito es simplemente ad probationem, con base en el artículo 2.596 del C.C. de aquel país que establece - esta exigencia para el pacto limitativo de la libre - concurrencia. En nuestro derecho falta por completo - un precepto semejante por lo cual es necesario acudir a las normas generales. A nuestro juicio, es aplicable aquí lo establecido en el párrafo final del artículo 1.280 y por consiguiente de él se deduce la necesidad del documento escrito ad probationem.

## CAPITULO OCTAVO

=====

### Los efectos jurídicos del Pacto de Exclusiva

1. Planteamiento del problema: efectos interpartes y efectos respecto de terceros.

El problema más importante, y ciertamente también el más grave que nos plantea la institución que estamos analizando, consiste en establecer cuáles son los efectos que pueden llegar a producir. En la introducción a estas líneas, pusimos ya de relieve, cómo en la Doctrina luchan dos posiciones.



Estas dos posiciones parecen perfectamente contrapuestas entre sí. Con arreglo a la primera de ellas el pacto de exclusiva origina únicamente una relación contractual inter partes y, como quiera que de relaciones contractuales solamente pueden derivarse derechos relativos, ya que, con arreglo al artículo 1.257 del Código Civil los contratos solo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos, el pacto de exclusiva despliega sus efectos unicamente entre las partes que lo han celebrado, pero no pueden vincular ni - ser opuestos a terceras personas. Para terceras personas el pacto de exclusiva, como toda relación contractual, es algo perfectamente indiferente que ni los beneficia ni los perjudica (1). Se trata, como es claro, de una concreta aplicación del principio o dogma de la eficacia relativa de los contratos respecto a terceros, que, en el caso que nos ocupa, conduce a la conclusión de que si el deudor obligado por la exclusiva infringe el deber contenido en ésta de no contratar con terceros, solamente él asume la responsabilidad de esta infracción, sin que al tercero puedan pedírsele cuentas, ni dirigirse contra él pretensión o reclamación de clase alguna. (2).

Por el contrario, con arreglo a una segunda posición, la exclusiva alcanza también a los terceros, aunque por hipótesis no hayan intervenido en el pacto - constitutivo de la relación contractual, ni estén por consiguiente, contractualmente obligados. Entre aquí, en juego, la idea de que también los derechos de crédito, como derechos subjetivos generan frente a todos - un deber general de respeto. El tercero, que conociendo la exclusiva, la viola produce un daño o perjuicio doloso al acreedor de la misma, que debe por lo menos ser indemnizado: es la idea de la tutela aquiliana del crédito frente a sus posibles violaciones por obras de terceras personas. Aún cabría traer a colación en este punto la idea de que, en el contrato celebrado por el deudor con el tercero, en violación de la cláusula de exclusiva, se produce un supuesto de acto ilícito - contrato en daño de tercero-, del cual puede decirse que es un contrato con causa ilícita y que por consiguiente, esta característica suya debe repercutir de alguna manera en orden a su eficacia.



Finalmente, puede incluso hablarse de un contrato a favor de terceros, que permite accionar - directamente contra el violador de la exclusiva que tenía expreso conocimiento de ésta (3). Veamos más detenidamente la cuestión.

2. La eficacia inter partes del pacto de exclusiva.

Que el pacto o cláusula, de exclusiva, válidamente celebrado, produce inter partes efectos jurídicos es algo que resulta evidente. - En este punto, lo que hay que discutir no es si los efectos se producen, sino cuales son estos efectos que indiscutiblemente se producen. Para la concepción que podríamos llamar clásica, el pacto de exclusiva general entre las partes lo que se ha denominado una "obligación negativa", por virtud

de la cual sobre el deudor pesa un deber jurídico de no hacer -no contratar con otros, no efectuar en favor de otros una determinada prestación- y, correlativamente, al acreedor, se le atribuye un derecho subjetivo -de crédito a la prestación negativa. Para otros autores, sin embargo, puede llegarse todavía más allá. Al admitirse que la cláusula de exclusiva es un medio o -instrumento jurídico para establecer entre las partes una relación de cooperación económica en sentido vertical, ello debe compartir como consecuencia, que el deudor de la exclusiva que se integra como empresa auxi-liar o como colaborador de otro tipo en la empresa del acreedor, no esté vinculado sólo por una pura obliga--ción negativa sino que debe entenderse que asume tam--bién una serie de deberes de tipo positivo, deberes especiales de conducta nacidos sobre todo de la buena fé y el uso de los negocios y enderezado a hacer más fe--cundas aquellas colaboraciones económicas que entre las partes se pretende conseguir. Y esta última es, a nuestro juicio, la solución más correcta. Junto a la obli--gación negativa que constituye, por decirlo así, la medula de la figura en debate, existe también toda una serie de deberes especiales de conducta a cargo de las



partes para hacer posible, a través de ellos, el resultado empírico pretendido por los interesados.

Supuestas tales obligaciones -la obligación negativa, los deberes especiales de conducta- ¿cómo se hace efectivo el interés del acreedor en aquellos casos en que el deudor viola o infringe el cumplimiento de lo pactado?. Este problema tiene, como ya sabemos, dos caras o facetas diferente, pues, por hipótesis, la infracción o violación de una exclusiva requiere la complicidad de un tercero con el deudor, por lo cual la cuestión puede examinarse no sólo respecto del deudor que incumple, sino también en relación con el tercero que es cómplice de la infracción. En este momento, en que estamos examinando únicamente la eficacia inter partes del pacto, nos referiremos únicamente a la primera parte del problema, dejando para más adelante la segunda.

¿Cual debe ser entre las partes, la consecuencia de una violación del pacto de exclusiva?.

a). El deber de indemnizar daños y perjuicios.- La Doctrina entiende que la violación de la exclusiva da derecho al acreedor para exigir una indemnización de -



los daños y perjuicios que con tal motivo se le ocasione. La afirmación, en sí misma considerada, no puede - decirse que sea inexacta. Cabe, sin embargo, cuestionar si es suficiente. Ello exige, a su vez, dilucidar estas dos cuestiones: Si la acción de indemnización de daños y perjuicios constituye el único medio de que el acreedor dispone para salvaguardar su interés; en todo caso cual es el posible contenido de esta acción, dirigida a reclamar indemnización de daños y perjuicios.

¿Es la acción de daños el único medio de que el acreedor dispone para defender su derecho de crédito?. Aunque no llegue a afirmarse explícitamente, así parecen entenderlo la mayor parte de los autores. Que del incumplimiento de la obligación del deudor deriva una facultad del acreedor para que le sean resarcidos daños y perjuicios, es algo que no puede dudarse a la vista de lo que dispone el artículo 1.101 del C.C. con arreglo al cual los que incurren en dolo, negligencia o morosidad en el cumplimiento de sus obligaciones y los que de cualquier otra manera contravinieren el tenor de las mismas, tiene obligación a resarcir los daños y perjuicios causados. Ello sin embargo, no produce necesariamente la conclusión de que ésta sea la úni

ca vía de defensa del acreedor cuyo derecho ha sido - violado. Una vez más habrá que recurrir, en este punto, a las reglas generales del derecho de obligaciones. Según ellas y como es sabido, el acreedor de una obligación negativa, dispone cuando el deudor incumple la obligación y realiza el comportamiento prohibido, de una pretensión dirigida a obtener que se destruya o - que se deshaga el mal hecho a costa del propio deudor. ¿Cabe pensar, en una aplicación de esta norma al caso que ahora nos ocupa?. Es claro ya a primera vista que resulta muy difícil una estricta aplicación de semejante norma, pues en ella se prevé un supuesto en el cual el deudor violando la obligación negativa y realizando al mismo tiempo el comportamiento prohibido, concreta su actividad en un resultado material y sensible -una obra por decirlo así, o lo que el Código llama muy expresivamente "el mal hecho"-que puede destruirse o deshacerse. En nuestro caso, en cambio, la actividad del deudor que infringe la exclusiva no es concreta en una obra material o en un resultado sensible, sino por hipótesis, en uno o varios contratos que el deudor que infringe celebra con personas distintas del acreedor. La aplicación de la norma antes mencionada y la distin



ción del mal hecho exigiría en nuestro caso la destrucción de estos contratos. Un resultado semejante, solo puede conseguirse aceptando la premisa de que la exclusiva produce eficacia frente a terceros, tema que aún no hemos examinado y además que ésta eficacia, de la exclusiva frente a terceros conduce a la invalidez de los contratos que el deudor puede celebrar con ellos, por donde la destrucción buscada del mal hecho no sería nunca resultado de la aplicación del artículo 1.098, cuanto consecuencia de la invalidez del contrato mismo. No hay, pues, hablando rigurosamente, aplicación de la norma genérica del artículo 1.098, que permite el acreedor de una obligación negativa exigir que se destruya a costa del deudor el mal hecho por éste contraviniendo la obligación.

b). La repercusión del incumplimiento en la obligación principal.- Insertada la obligación negativa en - que la exclusiva consiste, como ya hemos dicho, dentro de una relación obligatoria de carácter duradero que - liga a ambas partes, puede cuestionarse si la infracción de la exclusiva, por el deudor constituye causa - justa para poner fin a la mencionada relación obligatoria. Prima facie considerado el problema, cabría pensar que a esta conclusión puede llegarse por aplicación



de lo dispuesto en el artículo 1.124 del C.C. de manera tal que el cumplimiento por una de las partes diese lugar a una acción, dirigida, a la resolución del vínculo contractual. ¿Cabe una resolución del vínculo contractual ex-artículo 1.124 C.C. en los casos - de infracción de la exclusiva?. A nuestro juicio, la interrogante debe ser contestada negativamente. La resolución por incumplimiento se dá en aquellas obligaciones sinalagmáticas en que cada obligación constituye la correspondiente de la otra. El incumplimiento de - una de las obligaciones permite a la otra parte resolver el contrato. Pero para ello es preciso que exista reciprocidad entre las obligaciones. Esto no ocurre en nuestro caso. La obligación negativa del deudor de la exclusiva no es la obligación recíproca de las que a - su vez haya podido asumir el acreedor. La obligación recíproca será la que haya nacido del contrato principal. Prácticamente, piénsese, además, que la resolución exige la completa restitución de las - - prestaciones ya realizadas con el fin de devolver a las cosas el mismo estado que tenían antes de celebrarse el contrato. Se comprenderá entonces que una

violación del pacto de exclusiva no puede conducir a una consecuencia de este tipo.

No hay inconveniente en admitir que la infracción de la exclusiva permite poner fin a la relación obligatoria para el futuro, pero no puede admitirse que ésta se retrotraiga hacia el pasado. En sentido estricto no hay entonces verdadera resolución, del vínculo contractual, sino una justa causa para poner fin al contrato,

De todo ello se deduce, a nuestro juicio, que la eficacia inter partes del pacto de exclusiva se concreta en una obligación negativa, cuya violación constituye justa causa para poner fin a la relación obligatoria y genera, al mismo tiempo para el acreedor, cuyo derecho queda insatisfecho, una acción para exigir daños y perjuicios.

3. La eficacia del pacto de exclusiva en relación con los terceros.- Es, probablemente, el más grave de los problemas que la institución examinada nos plantea. Si la eficacia del pacto o cláusula de exclusiva se limita a la esfera de la relación inter partes, como pretende la mayor parte de la doctrina, ello significa en la.-



práctica, privar de contenido a la figura que analizamos. Sin embargo, admitir que un negocio jurídico celebrado por dos personas puede llegar a vincular a otras que con él nada han tenido que ver y restringir de esta manera su libertad de actuación, es algo que, por sí solo, no resulta fácil admitir.

¿Por que razón, hay que preguntarse, el negocio jurídico celebrado por A y B vincula también a C, D, E etc. y restringe la libertad de estas personas?. ¿No entra aquí en juego la idea contenida en el artículo 1.257 del C.C. con arreglo al cual los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos?. Es cierta que esta regla, contenida en el artículo 1.257 del C.C. que se conoce con el nombre de dogma de la eficacia relativa de los contratos, reviste el carácter de un principio general del derecho. Sin embargo, también es cierto que existe un deber general de respeto a los derechos subjetivos y a las situaciones jurídicas ajenas y que quien conscientemente viole o lesione derechos de otros, debe responder de la lesión cometida y del daño que con ello le sea causado el titular del derecho. Esta idea nos permite ya

distinguir claramente dos hipótesis o supuestos distintos en la repercusión que respecto de los terceros puede producir el pacto de exclusiva: la primera de dichas hipótesis se plantea en el caso en que el tercero, C, que contribuye con su actividad a la violación de la exclusiva pactada entre A y B, es un tercero de mala fé; la hipótesis contraria será, naturalmente, cuando C es por el contrario un tercero de buena fé.

Alguna matización exige, sin embargo, el concepto de buena o mala fé. En línea de principio existe buena fé en el tercero, C, cuando este desconoce el pacto entre A y B ó el alcance del mismo para él. En la Teoría General del Derecho, sin embargo, se suele puntualizar que para que la buena fé se produzca no basta únicamente el puro hecho psicológico de la ignorancia, el desconocimiento o el error, sino que además es preciso que concurren al mismo tiempo el elemento ético de la normal diligencia del sujeto en cuestión. Con arreglo a ello, el esquema anterior había de puntualizarse diciendo que el tercero, C, es de buena fé cuando desconoce el pacto existente entre A y B y este desconocimiento no obedece a efectos de negligencia por su parte. Sin embargo, cabría preguntarse con rigurosa técnica jurídica, hasta que punto la diligencia de un buen padre



de familia o de un ordenado comerciante impone este conocimiento en el tercero, C, y si por el contrario, no es - como parece más probable contenido de la diligencia del - interesado acreedor A, poner en conocimiento de los terceros el hecho de la exclusiva. Pues bien, fieles a la técnica, podemos decir la buena fé de los terceros y su desconocimiento de los pactos establecidos entre A y B debe presumirse mientras la parte interesada, A, no haya cumplido la carga de dar a la exclusiva la necesaria publicidad. El matiz es importante. No sostenemos que haya que notificar al tercero, ni utilizar los medios jurídicos formales para producir la seguridad de su conocimiento. Creemos que basta la diligencia normal de "hacer publicidad" de la existencia de la exclusiva. Esta será en el mundo de hoy la diligencia del ordenado comerciante. Por publicidad entendemos la difusión de la existencia y mínimo contenido de la exclusiva entre los concurrentes o empresarios relacionados con la actividad económica afectada, siempre que se realice a través de los medios normales. De este modo, puede llegarse al convencimiento de que las empresas "saben" que A concedió la exclusiva a B, porque la información de las actividades de sus competidores es una de las armas más eficaces de la vida comercial. Presumir ignorancia es ignorar la realidad económica.



Admitamos ahora, provisionalmente, como hipótesis de trabajo que el pacto o cláusula de exclusiva produce sus efectos en la esfera jurídica del tercero, vinculándole en el sentido de imponerle un deber de respeto a la situación jurídica creada por las partes. Cabe entonces preguntarse cual debe ser la consecuencia de la infracción de este deber por el tercero. En nuestra jurisprudencia y en nuestra doctrina se ha admitido, - aunque no sin dificultad, que el tercero causa un perjuicio al derecho de crédito del contratante, concesionario de la exclusiva, y que por ello viene obligado a indemnizar los daños y perjuicios que con su conducta ocasione al titular del derecho. Es esta, sin embargo, según las voces más autorizadas, una forma de responsabilidad aquiliana o extracontractual, que en nuestro derecho tendría su fundamento en el artículo 1.902 del C.C.; El que por su acción u omisión causa daño a otro interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado. El problema mas importante de este deber de indemnizar los daños y perjuicios causados, que pesa sobre el tercero que perjudica el derecho de crédito, es la manera como se compatibiliza con el correlativo deber de indemnizar que ha de pesar también sobre el otro contratante, pues por hipótesis normal,



el acto causante del daño será un acto bilateral del que son coautores uno de los contratantes y el tercero. Ello plantea el problema de coordinar ambas res-ponsabilidad. Nuestra jurisprudencia ha señalado que, tratándose de responsabilidad que se deriva de causas distintas puesto que la primera nace del incumplimiento de una obligación contractual, mientras que la se-gunda, según habíamos visto, es una responsabilidad extracontractual o aquiliana, no puede existir un víncu-lo de solidaridad que obligue a ambos deudores de la, - deuda indemnizatoria y no cabe duda de que esta afirmación tiene un fundamento vigoroso en la manera como - nuestro C.C. configura la solidaridad en los artículos 1.137 y siguientes. Pero tampoco puede hablarse, a nuestro juicio, de mancomunidad, en el sentido de establecer la regla "concursum partes fiunt". Más bien habrá que - pensar que se trata de dos deudas independientes, cada una de ellas con su propio contenido y su propio de--ber o sujeto pasivo, el problema de coordinación con--siste en establecer la medida de cada una de las res-pectivas responsabilidad, pues la deuda tiene, como - es evidente, un puro carácter indemnizatorio y no pue--de producir en el patrimonio del acreedor otra cosa - que una reparación de los daños, es decir, un resta--blecimiento de aquella situación de menoscabo en que



el daño haya consistido. Se quiere decir con ello que el hecho de tener dos deudores y dos créditos indemnizatorios en ningún caso pueden servir para que el acreedor se enriquezca. Habrá, pues, que medir en cada caso, atendiendo las circunstancias, la participación que en el daño hayan tenido cada uno de sus actores.

La indemnización de daños y perjuicios es, como decíamos, la primera y más clara de las consecuencias jurídicas que produce la infracción de la exclusiva por obra de una tercera persona. Cabe, sin embargo, preguntarse también si es esta la única consecuencia jurídica que la infracción produce. Si la exclusiva genera en el tercero que la conoce un deber de respeto de la situación jurídica económica en que se encuentra el titular del derecho, cabe pensar que éste debe disponer de alguna medida que tienda a restablecer la situación existente con anterioridad al momento en que la infracción se produjo. Ahora bien, esta idea nos tendría que llevar de la mano a pensar que, como quiera que la infracción se produce por obra del nuevo contrato, la restitución de la situación anterior únicamente puede conseguirse mediante la ineficacia de este nuevo contrato, lo que exigiría atribuir al perjudicado una acción dirigida a provocar la anu-

lación o la declaración de ineficacia de este nuevo - contrato. Cabe aquí traer a colación la idea del "contrato en daño de tercero" recientemente estudiado entre nosotros, (4). Ahora bien ¿cual puede ser el defecto que vicia este contrato y que le hace quedar sometido a la acción de impugnación?. Evidentemente, este contrato causa, según hemos visto ya, daños a - un tercero, titular de la exclusiva, pero no puede - decirse sin más que haya sido celebrado con el exclusivo fin, con la única intención y con el solo propósito de causar este daño. Cuando los contratantes se ponen de acuerdo y celebran su contrato en nuestra -- hipótesis, son conscientes de que con ello violan la exclusivá y le causan un daño al titular de ésta, pero el contrato no se celebra para conseguir este fin. Lo normal es que los contratantes busquen a través - del contrato el logro de sus intereses, no obstante - dañar con ello al tercero. Planteado el problema, pues, en estos términos, no parece posible atribuir a semejante contrato un vicio casual que lo haga nulo por - tener una causa (fin) ilícito o contrario a las buenas costumbres.



Tampoco parece posible en el sistema de nuestro derecho positivo, pensar en un remedio semejante a la rescisión. Es ciertos que los contratos se rescinden en casos en que se ocasiona un perjuicio a un tercero y que en estos casos la acción rescisitoria se concede al tercero perjudicado. El supuesto típico es, naturalmente, la rescisión por fraude de acreedores: el acreedor perjudicado por el acto traslativo que su deudor realiza con un tercero adquirente de los bienes, dispone de una acción para pedir la rescisión de ese contrato en el cual él no ha sido parte y que por ello le perjudica en sus intereses. Ahora bien, es éste de la rescisión por fraude de acreedores el único caso en que nuestro derecho positivo admite claramente la acción de impugnación de un tercero perjudicado por el contrato celebrado por otras personas. No parece, en línea de principio, posible tratar de aplicar este esquema, que nuestro C.C. establece en los artículos 1.111 y 1.291, 3º, a los contratos celebrados con violación de una exclusiva. Ni la más generosa interpretación extensiva o analógica puede pretender equiparar los términos de "fraude de acreedores" a "violación de exclusiva", aunque en esta última existe un

perjuicio para el derecho de crédito del titular de la exclusiva. La idea de "fraude de acreedores" tiene en nuestro derecho una configuración muy restringida: significa que el perjuicio fraudulento que el acreedor - sufre consiste en que no puede de otro modo cobrar - aquello que se le debe. Más claramente: "fraude de - acreedores" significa creación intencional o dolosa - por el deudor de una insolvencia que imposibilita el - ejercicio de la acción del acreedor. Es obvio,, por - consiguiente, que en estos términos la idea de "viola- ción de exclusiva" no puede recondicionarse a la de - "fraude de acreedores".

Para poder fundar en nuestro Derecho positivo una acción rescisoria del titular de la exclusiva, que le permitiera impugnar el contrato celebrado por otra persona con violación de sus derechos habría que admitir, lo que no resulta fácil, que un principio general del derecho otorga una acción impugnatoria a todo perjudicado por el contrato que otros celebren. Desde esta perspectiva podría pensarse que la rescisión por fraude no es más que un caso de aplicación de aquel principio, - históricamente el primero, en la práctica el más impor-



tante si se quiere y desde luego el que por ambas razones ha conseguido una institucionalización mayor. Pero puede pensarse que no debe ser el único caso de aplicación de aquella idea y que una jurisdicción evolutiva debe sacar conclusiones del principio general, si éste llega a ser constatado como tal.

En otro terreno, sin embargo, cabría cuestionar - acerca de la procedencia o mejor aún de la conveniencia de una acción rescisitoria para proteger los intereses que se trata de tutelar, esto es, el interés del titular de la exclusiva, pues acontece que este interés no queda suficientemente tutelado con la pura declaración de que el contrato que viola la exclusiva es ineficaz. Para conceder una protección adecuada es necesario algo más: que el resultado empírico a que haya dado lugar la conducta de prestación observada en cumplimiento del contrato celebrado puede desaparecer. Volviendo a nuestro repetido ejemplo sería necesario - que B, que se obligó a comprar en exclusiva a A y que - sin embargo a comprado también a C la mercancía de que se trata, se deshaga de esa mercancía comprada; que - cuando la cantante que se comprometió a grabar en ex--

clusiva los discos con la empresa X ha incumplido el contrato efectuando grabaciones también con la empresa Y, los discos fabricados por ésta última no pueden llegar a ser vendidos en el mercado; y que cuando el arrendador A que alquiló un local determinado a su arrendatario B conviniendo que el negocio que en él se instalaba sería el único de aquella clase en toda la nueva urbanización por él construida y que sin embargo despues celebró un nuevo contrato de arrendamiento con C que instaló un negocio de la misma clase, puede impedir este resultado. Parece, por consiguiente, bastante claro que la titular del interés del exclusivista solo se consigue cuando a la acción de rescisión del contrato que viola su derecho puede unirse una acción de cesación del resultado económico que le es perjudicial.

4. Los supuestos típicos de violación de la exclusiva por terceras personas.-Examinado en las líneas anteriores con carácter general el problema de la posible repercusión de la violación por terceros del derecho de exclusiva, en relación con el problema más general, estudiado por la dogmática jurídica, del perjuicio del derecho del crédito por obra de una tercera persona ajena.



a la relación obligatoria, conviene ahora que para concluir este tema estudiemos los que podrían llamarse - supuestos típicos de violación de la exclusiva por obra de terceros. Según señala PLAISANT (5) estos casos son substancialmente dos: el primero de ellos se plantea - cuando existen varios concesionarios exclusivos, cada uno de los cuales tiene asignada su propia zona o su propio territorio y se produce una invasión de esta zona o territorio por alguno de los concesionarios; el segundo caso es el que se denomina "importadores paralelos".

a). Pluralidad de concesionarios e invasión de zona.-

El primero de los supuestos típicos de violación de la exclusiva, según acabamos de decir, se produce cuando existiendo varios exclusivistas cada uno de ellos con una zona de exclusiva perfectamente delimitada, cualquiera de ellos invade la zona asignada a los demás. En este supuesto, a nuestro juicio, no cabe duda de que el invasor de la zona asignada en exclusiva a otra persona, comete un acto ilícito y debe responder de los daños y perjuicios que con ello ocasiona. La cuestión aparecía clara, si se observa que.-

en un supuesto como el descrito, el invasor de zona infringe la ley del contrato que le liga al concedente. La cuestión radica entonces en averiguar si esta infracción contractual permite solo el ejercicio de una acción de resarcimiento por el concedente de la exclusiva, que es la persona que ha contratado con él o si permite también una acción directa del otro exclusivista, que es quien vé en realidad perjudicados sus derechos. Para mayor claridad, puede pensarse en la hipótesis siguiente: Un productor o fabricante A, tiene dos distribuidores exclusivos en el territorio nacional, B y C, a quienes asigna respectivamente la zona Norte y la zona Sur de la Península. C, distribuidor exclusivo para la zona Sur vende los productos que adquiere de A, también en la zona Norte asignada en exclusiva a B. No hay duda, como hemos dicho ya, a nuestro juicio, de que en la hipótesis descrita C infringe el contrato que le liga con A y este hecho permite a A reaccionar frente al incumplimiento y poner en marcha aquellas medidas que en cada caso corresponda; vgr. indemnización de daños y perjuicios o resolución o denuncia del contrato. El problema radica a nuestro juicio, en determinar si B, que vé inva-



dida la zona que tiene asignada en exclusiva y que ve por consiguiente perjudicados sus derechos, puede a su vez dirigir su acción directamente contra C. La solución afirmativa puede fundarse en la idea de que el contrato celebrado con A por C, contiene una estipulación en favor de B: aquella por la cual C se obliga a abstenerse de vender en la zona Norte. De esta manera cuando B dirige su acción directamente sobre C lo hace porque se encuentra facultado para ello por virtud de la referida estipulación que ha sido establecida a su favor. Este tesis tiene en nuestro derecho un sólido apoyo en la doctrina que ha mentenido últimamente la Setencia del T.S. de 27 de marzo de 1962. Con anterioridad, la Setencia de 29 de octubre de 1955, aunque no se produjo en este punto con la necesaria claridad, admitió también que en los casos de invasión de zona exclusivista cuya zona se vé invadida disponía de una acción de indemnización de daños y perjuicios sobre el tercero que "a pesar de que le ha sido manifestada la prohibición, ha revendido la mercancía en la zona reservada".

Frente a esta tesis algún sector de la doctrina y de la jurisprudencia extranjera ha sostenido que la

invasión de zona no constituye falta contractual, en la relación de los exclusivistas de zona entre sí, fundándose sobre todo y llevando a sus últimas consecuencias el principio de la eficacia relativa del contrato. Sin embargo, la idea de que los contratos solamente surten su efecto entre las partes que las otorgan y que por el contrario no vinculan a los terceros, queda en nuestro caso superada por el hecho de que los diversos contratos de exclusiva celebrados con sus exclusivistas por un único fabricante a A, forman entre sí un cuerpo de negocios estrechamente coligados, pudiendo entenderse como hemos dicho, que en cada uno de ellos se contiene una estipulación en favor de tercero: la que impone a cada exclusivista el deber de abstenerse de contratar en la zona reservada a los demás.

b). Las llamadas importaciones paralelas en zona de exclusiva. El segundo caso es como decíamos el - que viene denominándose en la doctrina mercantilista importaciones paralelas, al que conviene dedicar alguna atención. El supuesto ha sido objeto de una viva polémica sobre todo en Italia, en los últimos años, -



donde la doctrina aparece profundamente dividida. En favor de la licitud de las importaciones paralelas - en zona de exclusiva se pronunciaron FRANCESCHELLI (6), GRAZIANI (7), LA LUMIA (8) y CARNELUTTI (9). En pro de la ilicitud, sobre todo por considerar que el acto es constitutivo de concurrencia desleal, opinaron GRECO (10), LUZZATTO (11) y PERETTI GRIVA (12). La doctrina y la jurisprudencia francesa aparece también falta de una idea uniforme y de un criterio claro. Según expone PLAISANT (13) una sentencia del Tribunal de Paris, de 22 de junio de 1960, ha entendido que si el contrato de exclusiva había sido objeto de publicidad, de tal manera que los terceros tenían que conocerlo, la venta al público por un tercero de los productos objeto de la exclusiva constituye un acto de concurrencia desleal. Aunque entre los autores franceses esta cláusula no ha suscitado vivas razones algún sector de la doctrina discrepa de él.

Cóncviene que examinemos la cuestión con algún detenimiento. El problema se plantea esencialmente - en el comercio internacional, aunque puede plantearse también, naturalmente, en el comercio interior, de

un solo país. Como caso directivo puede valer sin embargo un supuesto pensando sobre el comercio internacional el fabricante A, que dentro de su propio país vende sus productos a través de una red de almacenistas o mayoristas, concede para los países extranjeros exclusiva de distribución a comerciantes de cada uno de aquellos países (por ejemplo B y C en Francia y en España, respecto de un fabricante alemán). Otros comerciantes españoles (D, E, F, etc.) compran los productos de A directamente a los mayoristas a quienes éste los vende en su propio país. La exclusiva concedida por A a C, queda de esta manera violada por la compra efectuada a los mayoristas por D, E y F, la cuestión radica en averiguar si, en nuestro ejemplo C, dispone de una acción dirigida al resarcimiento de daños y perjuicios directamente contra D, E o F. En principio puede afirmarse que C, en la hipótesis descrita, puede reclamar contra A. probando que A no ha hecho todo lo necesario para que su exclusiva sea respetada y que las importaciones paralelas tienen su causa o su origen en una conducta culposa o negligente de A. Por su parte, A, puede también demandar a los almacenistas o mayoristas a quienes ha vendido, -



siempre y cuando, como es de suponer, en el contrato de venta o de suministro que con tales mayoristas realizó haya insertado una cláusula por la cual éstos - queden impedidos para exportar sus productos al extranjero. Todavía más por un razonamiento semejante al - que hemos utilizado en el apartado anterior, puede admitirse que el exclusivista C tiene una acción para - dirigirse directamente contra los mayoristas de A, entendiendo que la cláusula antes mencionada (prohibición de exportación) comporta una estipulación en favor de terceros.

Mucho más difícil es tratar de encontrar un fundamento jurídico a una acción directa de C contra los importadores paralelos, es decir D, E o F, pues en principio, estos importadores paralelos no se encuentran ligados por ninguna obligación contractual que les prohíba vender con ninguna persona. Aunque conozcan el derecho de exclusiva de C, tampoco puede decirse sin más que pese sobre ellos un deber de abstención como consecuencia de su deber de respetar el derecho de crédito. Aunque las importaciones paralelas no convengan a los intereses de C, no puede tampoco decirse sin más que sea contratos celebrados para -

perjudicar o dañar a éste. La finalidad buscada por los importadores paralelos no es tanto el perjuicio de C como su propio lucro o beneficio. No parece por ello que pueda ponerse en mucho frente a los importadores paralelos una acción para exigirles responsabilidad extracontractual. Un argumento para fundar la responsabilidad de los importadores paralelos puede encontrarse en la idea de que estos aprovechan indebidamente las campañas de publicidad, de creación de clientela y prospección de mercados que puede haber hecho ya C. En este caso sus propias ventas vienen favorecidas por la anterior actividad del exclusivista de la que ellos como parásitos se aprovechan indebidamente, naturalmente más sin tener que soportar los gastos que estas campañas o actividades han dado lugar. Solamente en esta idea, a nuestro juicio, puede encontrarse fundamento una acción por competencia desleal. Obsérvese, sin embargo, que en tal caso la medida del resarcimiento no debe ser tanto el beneficio dejado de obtener por el exclusivista C como el aprovechamiento indebido de los gastos realizados para la promoción de la venta.



CONCLUSIONES

## C O N C L U S I O N E S

### I

Se denomina cláusula o pacto de exclusiva a una disposición negocial típica, que puede insertarse en contratos de la más diversa índole y que tiene por objeto y por finalidad proporcionar a una de las partes contratantes una situación de monopolio en vista de lo cual esta sea la única facultad para aprovechar todas las posibles prestaciones de idèntica naturaleza y contenido que la otra parte pueda realizar. Gráficamente, sin sentido técnico puede afirmarse que monopoliza dichas prestaciones.

Ello se consigue imponiendo a una de las partes - contratantes la obligación de no realizar o de no recibir prestaciones de la misma naturaleza y contenido - en favor de persona distintas de aquella con la que el contrato ha sido celebrado.



## II

Los pactos o cláusulas de exclusiva pueden insertarse en los contratos de compraventa y de suministro, en los contratos de cesión de uso, en los contratos - de crédito y en los contratos de servicios (agencia, - representación, comisión, mandato).

## III

Las exclusivas pueden ser simples o unilaterales y dobles o bilaterales. La exclusiva es simple cuando solamente una de las partes contratantes asume el compromiso de no realizar en favor de terceros o de no - recibir de terceros prestaciones idénticas a la convenida con el otro contratante. La exclusiva es doble - cuando ambas partes quedan vinculadas recíprocamente a no realizar en favor de terceros o a no recibir de terceros prestaciones idénticas a las entre ellos convenidas.

## IV

Desde un punto de vista estrictamente económico pueden distinguirse las exclusivas que inciden en la órbita de la producción y distribución de los bienes de aquellas otras exclusivas que inciden en la órbita

de la prestación de servicios económicos. La primera de estas especies puede caracterizarse genéricamente como venta o suministro en exclusiva. La segunda puede englobarse bajo la rúbrica de servicios en exclusiva.

Económicamente, también, es de gran importancia la distinción de las exclusivas según que las empresas vinculadas se encuentren en un plano horizontal -productoras de bienes análogos- o en un plano vertical. En este último caso, la exclusiva es, normalmente, un medio de cooperar en el proceso de distribución o venta de productos.

V

En un sentido amplio son también exclusivas - aquellas convenciones que tienden a proporcionar a una persona una situación de exclusividad en el disfrute de bienes inmateriales (patentes de invención, industrial, marcas, etc.) o en el disfrute de determinada cualidad económica de los bienes, como es su utilización en un determinado destino.



## VI

Las cláusulas de exclusiva pueden cumplir finalidades empíricas de signo muy diverso y dirigirse a obtener resultados heterogéneos, como pueden ser la comercialización de productos industriales, el aprovisionamiento de materias primas, la creación de redes o de canales de distribución para productos fabri-  
cados o la cooperación o representación económica entre empresarios que ocupan escalones diversos en el ciclo económico.

Con carácter general, sin embargo, la exclusiva incide siempre dentro de un fenómeno concurrencial. - Por hipótesis, la cláusula produce o tiende a producir el resultado de impedir que existan otros posibles acreedores de una prestación idéntica del mismo deudor. Por ello, se encuentra intimamente ligada con el régimen jurídico sobre limitación de la competencia mercantil.

## VII

Como consecuencia de la conclusión anterior, puede decirse que las cláusulas o pactos de exclusiva se



insertan siempre en contratos en que una de las partes es un empresario mercantil. No es, sin embargo, necesario, aunque suele ser frecuente, que ambas partes sean empresarios. En todo caso, el hecho de que una de las partes haya de ser siempre un empresario mercantil sitúa a la figura estudiada plenamente dentro del campo de los contratos mercantiles.

### VIII

La validez de los pactos de exclusiva se encuentra en función de la disciplina normativa que regula los pactos limitativos de la libre concurrencia. Ha dado por ello lugar a graves dificultades, aun no resueltas, en los ordenamientos jurídicos europeo y anglo-americano, así como en el Derecho de la Comunidad Económica Europea.

La conclusión que parece más probable, por lo que al último aspecto se refiere, es que los contratos de suministro con exclusiva pueden chocar con la prohibición del art. 85 del Tratado de Roma siempre que afecten al comercio entre los Estados miembros y produzcan



como efecto una restricción de la competencia dentro del Mercado Común.

## IX

La validez de los pactos de exclusiva en el derecho español se fundamenta en el principio general de libertad de contratación (art. 1.255 del C.C.). Los contratos de suministro con exclusiva pueden, sin embargo, en ocasiones ser invalidados por aplicación de la Ley de 20 de julio de 1963 sobre represión de las prácticas restrictivas de la competencia. Por regla general no puede decirse que las exclusivas choquen con dicha ley, pero es necesario admitir que, en ocasiones concretas, un contrato entre empresarios con cláusula de exclusiva, puede estar dirigido a intentar alguna de las finalidades que la mencionada Ley considera prohibidas, especialmente abuso de posición dominante. En tal caso deberá recibir la sanción de nulidad impuesta por dicha Ley.

## X

Desde el punto de vista de su naturaleza jurídica el pacto de exclusiva constituye una disposición nego-



cial y es, por consiguiente, una parte del contenido de un negocio jurídico, que no puede ser encasillado dentro de la rúbrica de las "determinaciones accesorias de la voluntad".

El pacto, por sí solo, no constituye un negocio jurídico autónomo e independiente. De la misma manera no puede decirse que convierta al contrato en - que se inserta en un contrato mixto o en un contrato complejo.

## XI

El pacto de exclusiva genera siempre, esencialmente, una obligación negativa, que consiste en la obligación de no recibir de terceras personas una determinada prestación.

La obligación negativa puede al mismo tiempo concurrir con otras obligaciones de tipo positivo, deberes sobre prestaciones accesorias o deberes especiales de conducta, pero ello no es necesario.



## XII

La cláusula de exclusiva debe tener siempre un límite temporal. Su duración será, en principio, la que las partes hayan señalado, siempre y cuando tal duración no deba considerarse excesiva de acuerdo con las exigencias de la moral y del orden público.

En todos aquellos casos en que las partes no hayan establecido la duración temporal de la cláusula - o cuando la duración deba considerarse excesiva, las partes disponen de una facultad de denuncia o de rescisión del vínculo contractual y pueden por consiguiente poner fin al mismo.

## XIII

Constituye también límite de la eficacia de los pactos, o cláusulas de exclusiva la zona o área geográfica a que el contrato haga referencia, En todo caso, el derecho de crédito en exclusiva no puede llegar más allá del punto donde llegue territorialmente el interés del acreedor. Como por hipótesis, el acreedor en - exclusiva es un empresario mercantil, el contrato solo deberá surtir sus efectos dentro del expreso territorio



a que se extiende o a que razonablemente puede entenderse que se extiende el ámbito de acción de la empresa - del acreedor.

#### XIV

La cláusula de exclusiva debe responder a un interés objetivamente lícito y tutelable del acreedor. Un ejercicio de los derechos derivados de la cláusula que no se corresponda con un interés lícito, es un acto - abusivo que debe ser declarado inadmisibile. Por consiguiente, la medida del interés tutelable del acreedor determina siempre la eficacia de la cláusula y en particular el alcance objetivo de las prestaciones que por virtud de ella le quedan prohibido al deudor.

#### XV

Un pacto o cláusula de exclusiva válidamente celebrado, produce inter parte plenos efectos jurídicos, Por consiguiente, la violación de las exclusivas dá siempre derecho al acreedor para exigir del deudor una indemnización de los daños y perjuicios que con tal motivo se le ocasione. Igualmente, cuando la exclusiva se - inserte en una relación obligatoria de carácter duradero, la infracción de la exclusiva por el deudor consti-



tuye una justa causa para poner fin, denunciar o resolver la mencionada relación obligatoria.

## XVI

Por regla general, debe entenderse que el derecho de exclusiva, válidamente constituido, debe ser respetado por los terceros ajenos al contrato y que por consiguiente el tercero que conscientemente falte a dicho deber de respeto asume una responsabilidad. Debe presumirse conocimiento en el tercero tratándose de empresas en situación de competencia cuando la titular de la exclusiva haya realizado publicidad comercial idónea, alegando tal cualidad.

Esta responsabilidad es plena en todos aquellos casos en que se produce una invasión de zona entre diversos concesionarios en exclusiva. En el supuesto típico conocido con el nombre de "importaciones paralelas en zona de exclusiva" debe entenderse que el importador paralelo viola la exclusiva en la medida en que haya obtenido un enriquecimiento ilícito debido únicamente a la previa actividad del concesionario.



N O T A S  
=====



NOTAS A LA "INTRODUCCION"

(1). Son frecuentes en la práctica en varios contratos -dice Ascarelli- cláusulas de exclusiva, es decir, aquellas cláusulas mediante las cuales el titular de una empresa se obliga a no ceder (nótese que -- también estos pactos están caracterizados por el -- carácter omisivo del vínculo) los propios productos o servicios más que a sujetos determinados o bien aquellas en las que un empresario que ejerce una actividad auxiliar o un trabajador se obligan a no prestar los propios servicios más que en favor de un determinado empresario, o bien un consumidor o un empresario se comprometen a no procurarse determinados productos o servicios más que a través de un determinado empresario. ASCARELLI, Teoría della concorrenza. 2ª edic. Milán, 1957, pág. 75.

(2). "En su aspecto negativo ésta cláusula -dice Garri-- gues- tan frecuente en el comercio moderno representa una limitación a la libertad contractual al imponer al concedente de la exclusiva la obligación de



no celebrar una determinada clase de contratos con persona distinta del concesionario". "En su aspecto positivo -añade el citado autor- la cláusula representa un incremento del patrimonio del beneficiario (los subrayados son nuestros) al adquirir este una posición de monopolio en el sentido de que sólo él tiene derecho a obtener contratos y prestaciones - que de no mediar la exclusiva también otros podrían obtener. Desde el punto de vista económico este aspecto positivo es el más importante, al eliminar - competidores y asegurar un mercado al concesionario de la exclusiva. En cambio, el aspecto negativo es el que tiene mayor realce en el campo del derecho". GARRIGUES, Estudios sobre la compraventa mercantil, en R.D.M. nº 80, abril-junio 1961, pág. 308 y ss.

(3). Sobre la "exclusividad" como característica de la - propiedad de los derechos reales, vid. GINOSSAR, - Propriété, droit réel, créance, Paris, 1960, págs. 32.56, 61.

(4). En verdad, es obvio que los pactos de exclusiva de un lado se concretan en limitaciones a la libertad



de contratar de las partes, y del otro tienden a -- precluir el juego normal de la libre competencia. - Nuestro ordenamiento que quiere tutelar la libertad de contratos, quiere, también, tutelar el funcionamiento de una libre competencia. ASCARELLI, Patti di esclusiva. Parere pro veritate emitido en 1955 y publicado en la Riv. dir. ind. 1959, I, pág. 7.

(5). Comp. por todos. PLAISANT, Les contrats d'exclusivité. Rev. Trim. Droit Comm. 1963 y GUGLIELMETTI, Limiti negoziali della concorrenza. Padova, 1961.

(6). Vid. especialmente RUBINO, La compravendita. Milán, 1950, p. 270 y ss. (En el Trattato di diritto civile de CICU-MESSINEO) y CORRADO. La somministrazione. - 1954 (en el Trattato di Diritto Civile, VASALLI).

(7). Su importancia económica es evidente. Aun cuando un estudio económico completo no ha sido todavía hecho, se sabe que estas cláusulas son extraordinariamente frecuentes y que en algunos sectores de la actividad industrial constituyen la regla general (op. PLAISANT op. y loc. cit. pág. 1, quien cita como ejemplo en Francia la industria del automóvil). La preocupación

hoy dominante en toda Europa en torno a la aplicación o no aplicación de las referidas cláusulas de las disciplinas normativas sobre represión de prácticas restrictivas de la libre concurrencia. (op: infra cap. IV) muestra hasta que punto los problemas prácticos que éstas cláusulas plantean están - intimamente ligados con los problemas de la concentración del poder económico y con la teoría general de la competencia.

(8). Ver Indice bibliográfico

(9). Ver Defensa en Cortes del Estatuto de la Publicidad (B.O. Cortes Españolas nº 845) y Reglamento del Registro General de Publicidad, aprobado por Orden de 5 de abril de 1.965. (B.O.E. 19 abril).



- (10). Sobre la distinción entre tipicidad legislativa y tipicidad económica social, Vid. JORDANO, "Los contratos atípicos". Rev. Gral. Leg. y Jur. Los contratos atípicos desde el punto de vista legal pueden gozar, según este autor, de una tipicidad social individualizada por obra del uso (costumbre) o de la prudentia iuris, oficial (jurisprudencia - del T.S.o de la Dirección General de los Registros) o no, (opinión de los jurisconsultos, doctrina - científica).

La distinción entre tipicidad legislativa y tipicidad social procede de BETTI "Per la riforma del Codice civile in materia patrimoniale" (Rendiconti Istit. Lomb. 1940-41, 328 y de GRASSETI "L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti" Padova 1938 -67-78. La tipicidad social es aquella que tiene como base - las concepciones dominantes en la conciencia social y se individualiza por obra de la doctrina, mientras que tipicidad legislativa es aquella que tiene por base un esquema fijado mediante una calificación - técnica legislativa y se individualiza por obra de la legislación. Sobre ello MESSINEO "Contratti", Mi

lano 1961, pág. 210.

- (11). Sobre las cláusulas generales es clásica la obra de HEDEMANN "Die Flucht in den Generalklauseln". Se ocupa del tema también con especial detenimiento ENGISCH, Einführung in das juristische Denken, - Stuttgart, 1965.
- (12). Véanse por todos las obras de LARENZ: Methodenlehre der Rechtswissenschaft. Berlin, 1960.- ESSER: Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung der Privatrechts.MOhr. Tübingen 1956.- ENGISCH: Ein -- führung in das juristische Denken. Stuttgart 1965.- ZIPPELIUS: Das Wesen des Rechts. Berk. München 1965. VIEHWEG: Topik und Jurisprudenz, Munich, 1963.



NOTAS AL CAPITULO PRIMERO

- 1). La Sociedad demandante, pedía en su demanda, entre otras cosas, que se declarase nula la segunda venta de los derechos de impresión fonográfica que de su canto había hecho Raquel Meller a la Compañía - Española de Gramófono; que ésta venía obligada a - entregar a la actora los originales y discos producto de la impresión ilegal para ser utilizados y que se condenara a ambos demandados a indemnizar solidariamente a la demandante los daños y perjuicios que con tal motivo se le habían ocasionado.

La Audiencia de Barcelona dictó sentencia, acogiendo íntegramente las peticiones de la demanda y la Compañía Española del Gramófono interpuso recurso de casación por infracción de la Ley, que se articulaba a través de cuatro motivos: en el primero de ellos se alegaba la infracción del artículo 1.257 del Código Civil en cuanto que éste ordena que el contrato solo produce efecto entre



las partes que lo otorgan y la sentencia recurrida hace extensiva a la Sociedad recurrente las obligaciones contraídas por Doña Francisca Márquez, porque era ilógico, a su juicio, deducir de la obligación contractual de no hacer que adquiría esta artista, que la Compañía recurrente viniera obligada también a abstenerse, no habiendo sido parte en el contrato, ni habiendo contraído obligaciones alguna en tal sentido. En el motivo segundo alegaba la Sociedad recurrente interpretación errónea del artículo 1.445 y falta de aplicación del 1.544, por declarar nula la llamada segunda venta del derecho de impresión fonográfica. En el motivo tercero, se alegaba la infracción del artículo 1.227 del Código Civil por entender que una cosa es que la fecha del documento privado fuera fehacientemente respecto de terceros y otra cosa distinta que el tercero quedara obligado por el documento. En el cuarto motivo, se alegaba la infracción del artículo 1.137 del Código Civil al ser condenadas ambas demandas solidariamente a pagar la indemnización, pues la so-



lidad a juicio del recurrente no podía en ningún caso presumirse.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la Compañía recurrente por los motivos segundo y cuarto y en cambio lo desestima por lo que se refiere a los motivos restantes. Como consecuencia de ello casa y anula la sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona tan solo en cuanto a los pronunciamientos a que los referidos motivos segundo y cuarto se refieren, es decir, es modificada en definitiva la sentencia que se había dictado para entender en primer lugar que no se debía proceder a declarar la nulidad de la llamada segunda venta del derecho de impresión fonográfica y en segundo lugar que el deber de indemnizar daños y perjuicios, que recae tanto sobre la cantante como sobre la Compañía del Gramófono, no es solidaria.

El Tribunal Supremo desestimó los motivos en que se citaban como infringidos los artículos 1.257 y 1.227 del Código Civil. Cuando se condenó a la Compañía del Gramófono a indemnizar a la actora daños y perjuicios ésto no se hizo porque se entendiera que el contrato debía surtir efectos

para terceros, sinó porque la Sociedad demandada ocasionó unos perjuicios "por culpa o negligencia voluntaria, en actos colectivos que realizaron los demandados en esta litis".

Así como la responsabilidad de doña Francisca Márquez procedía de una infracción contractual, en cambio, la Compañía del Gramófono había incidido en una responsabilidad civil extracontractual, pero exigible con amparo de lo dispuesto en el artículo 1.902 del Código Civil.

(2). La exposición realizada tendrá preferente carácter descriptivo. Se pretende enumerar parte de la rica gama de posibilidades del pacto de exclusiva, sin intentar una determinación exhaustiva de sus finalidades.

(3). GARRIGUES, Estudios sobre el contrato de compraventa mercantil, pág. 308 y ss. Véase también las consideraciones que hacemos posteriormente en el texto, que afirman que también en este su



puesto se da una relación duradera.

- (4). RUBINO (La compravendita, Milán, 1950), afirma que aplicada a la venta, "tal cláusula importa que el vendedor, vendiendo una cantidad no determinada de mercancía, se obliga a no vender a otros mercancías de aquel tipo dentro de una determinada zona; o bien que el comprador se obliga a no adquirir de otros mercancías de aquel tipo dentro de una determinada zona. Esta zona es normalmente aquella en que tanto el vendedor como el comprador, ejercen su normal actividad en la venta y en la adquisición de aquel tipo de mercancías, esto es, aquella parte en que ambas zonas coinciden, que es por esto, en definitiva, la menor de las dos. En suma, el vendedor tiene interés en acaparar a aquel comprador, o bien el comprador tiene interés en acaparar a aquel vendedor.

Las construcciones propuestas de la figura son varias: contrato mixto, venta con mandato - institorio, contrato preliminar de más ventas - definitivas, venta (definitiva) con cláusula - accesoria de exclusiva, suministro, etc."

- (5). GARRIGUES, op. y loc. cit. pág. 308 y ss.
- (6). De ahí, señala FERRI, la distinción entre la hipótesis en la que el vínculo se estipula con la cláusula "según las necesidades" (nach Bedarf) de aquella en la que está prevista la cláusula de exclusiva. (En contra CORRADO que sitúa ambos supuestos en el mismo plano). En la primer hipótesis puede el obligado subvenir a los propias necesidades con la producción propia. En la segunda, esta última posibilidad, debe estar expresamente prevista en el contrato. FERRI, Voz exclusiva. Nov.dig.-pág. 692.
- (7). Sobre el concepto de representación económica véase FERRI (Giuseppe) (Esclusiva, Patto di), Novissimo - Digesto italiano VI, 689 y ss.
- (8). Sobre los deberes positivos a cargo del concesionario de la exclusiva, tal como los de propagar los productos, hacer publicidad, etc., Vid. RUBINO op. y loc. cit. págs. 270 y ss. y la sentencia de nuestro T.S. de 29 de octubre de 1955 que se refiere es pecialmente a ellos.



- (9). Sobre la exclusiva que se inserta en contratos de arrendamiento véase especialmente - RITTNER en su obra. Die Ausschliesslichkeitenbindungen und ihre dogmatische und rechtspolitische Betrachtung. Düsseldorf. 1957.
- (10). Como ejemplo de la cláusula de exclusiva - insertada en un contrato de arrendamiento, cita CASSEL (Refus de vente, clauses d'exclusivite contrat de concession", Paris, - 1960, pág. 87 y ss), un supuesto estudio de la jurisprudencia Norteamericana: Un fabricante de maquinaria para el calzado concluye con los arrendatarios de dicha maquinaria una cláusula por virtud de la cual estos se obligan a que toda maquinaria que en lo sucesivo compren o arrienden, pertenecerá al referido fabricante.
- (11). Sobre la posibilidad de insertar cláusulas de exclusiva en contratos relativos a operaciones bancarias. Vid. la antes citada opi-

nión de FRANCESCHELLI págs. 236 y ss. Véase también FIORENTINO "Le operazioni bancarie", Nápoles 1959, COLAGROSSO-MOLLE "Diritto Bancario", Roma 1960.

- (12) De la exclusiva en el contrato de agencia se ocupa el artículo 1743 del Código Civil italiano, según el cual el preponente no puede valerse al mismo tiempo de varios agentes - en la misma zona para el mismo ramo de actividad, y el agente no puede asumir el encargo de llevar en la misma zona y dentro del mismo ramo el asunto de varias empresas que estén en concurrencia entre ellas.



NOTAS AL CAPITULO SEGUNDO

- (1). Las que citamos por vía de ejemplo apuntan distintos aspectos del concepto:

"Existe compromiso de exclusividad en todos los casos en los que una persona jurídicamente capacitada se obliga, por medio de un negocio jurídico a - realizar determinados contratos o círculo de contratatos solamente con la otra parte contratante.... Un compromiso o convenio de este tipo elimina o limita la libertad de contratación". RITTER, ob. cit. - pág. 13.

"Hay exclusividad cuando una persona se obliga a tratar ciertas operaciones pasando solamente por el intermedio de otra persona". PLAISANT, ob, cit. pág. 1.

- (2). "Como es sabido -dice GUGLIELMETTI, op. cit. pág. - 285- la cláusula de exclusiva considerada en sí misma, ésto es, prescindiendo de la referencia al específico negocio jurídico en que se inserta, consiste en un pacto contractual, a través del cual uno de -

los contratantes (o ambos, uno frente a otro) se sujetan a la obligación de no contratar con otros, - a excepción de la contraparte, en relación con una determinada cosa o servicio. La llamo cabalmente "exclusiva" porque mediante dicha cláusula ninguno, - fuera del sujeto a cuyo favor la cláusula se estipula, puede pretender que la contraparte cumpla la - prestación asumida, con excepción, por tanto, de todo otro sujeto".

- (3). Una colaboración como la que se realiza en los fenómenos de integración vertical postula siempre una - continuidad o una reiteración en el tiempo de las relaciones de prestaciones y contraprestaciones de un determinado tipo, así como postula el elemento - fiducia como elemento normal si bien no necesario.
- (4). La expresión es de GSCHNITZER, según recuerda FRAN-  
CESCHELLI, aplicada a los contratos de duración -  
(contratti di durata). Jherings Jahrbücher für die  
Dogmatik, LXXXVI, 1926, pág. 365.
- (5). CASSEL, antes citado, distingue una exclusivite de  
fourniture y una exclusivite d'approvisionnement. -



Por la primera de dichas exclusivas surge la obligación del comprador de no recibir suministros más - que de un solo fabricante o comerciante. Por virtud de la segunda un fabricante se obliga a no aprovisionarse más que en un solo distribuidor, dentro de un sector dado.

- (6). RUBINO, obra y lugar citados.- GARRIGUES, obra y lugar citados.- FRANCESCHELLI, obra y lugar citados.
- (7). La distribución en exclusiva es la figura que ha - ocupado la mayor parte de las veces la atención de la doctrina. Cfr. PLAISANT "Les contrats d'exclusivite". Rev. Trim. de Droit Comm. 17-1-64. pág. 1.- GUYENOT "Les conventions d'exclusivite de vente", - Rev. Trim. de Droit Comm. 1963, pág. 514.
- (8). La representación en exclusiva ha sido estudiado so bre todo en relación con el contrato de agencia. Vid. FINOCHIARO, Il. c.d.rappresentante con esclusiva. R.D.C. 1920, pág. 248. FORMIGGINI, Il contratto di agenzia, Turin, 1958.



- (9). La distinción entre suministro en exclusiva y representación en exclusiva, aun cuando se trata de supuestos muy próximos y dirigidos a obtener finalidades económicas paralelas, juega hoy un gran papel, sobre todo en relación con la disciplina normativa de las prácticas restrictivas de la concurrencia en el Tratado de Roma. Sobre ello, además de lo que en su momento se dirá, véase especialmente VON WERDT "Applicazione dell'art. 85 del Trattato della CEE ai contratti di scambio", Riv. della Soc. 1962, pág. 793. MOK (Robert) Il Trattato di Roma e i contratti di rappresentanza in esclusiva. Riv. delle Soc. - 1963 pág. 657.
- (10). Intentando profundizar sobre esta distinción, diversificando menos supuestos, ver por todos a RITTNER - (obra cit.)
- (11). Sobre la distinción entre exclusivas simples y exclusivas dobles o bilaterales, comp. PLAISANT "Les contrats d'exclusivité", cit., pág. 3 y ss.
- (12). A veces -como FERRI recuerda- la posición de exclusividad llega a constituir un elemento natural de determinados tipos contractuales. Así en el 1743 del Codice Civile, que, si bien admitiendo el pacto en contrario, establece en relación con el contrato de

agencia que "el proponente no puede valerse contemporáneamente de más agentes en la misma zona para el mismo ramo de actividad....". FERRI, Voz "Exclusiva". Nov. Dig. pág. 689.



NOTAS AL CAPITULO TERCERO

- (1). Cfr. GARRIGUES, op. y loc. cit.\* pág. 308 y ss.
- (2). La configuración del contenido esencial de la exclusiva como una obligación negativa es clásica en esta materia. La monografía mejor sobre el tema es la de COVIELLO "L'obbligazione negativa". Nápoles 1931. Como "obligación de no contratar" y "promesa de monopolio" la define T. PUENTE, en Rev. Der. Mer., 1967, pág 87 y ss. y pág. 110 y ss.
- (3). FERRI, Esclusiva (Patto di), cit. pág. 689 y ss.
- (4). GUGLIELMETTI, op. cit. pág. 286, constata que la cláusula de exclusiva no es idónea para constituir por sí sola un entero contrato; por el contrario, se inserta dentro de otros negocios jurídicos, sobre cuya causa influye, reforzando la finalidad del contrato principal y haciendo más ágil la consecución de la misma, sin prescindir del contrato principal de que debe su existencia.
- (5). Como un "elemento accidental del contrato", la califica GIANNATASIO, op. cit. pág. 253.



(6). El problema de la autonomía o falta de autonomía de la cláusula de exclusiva lo plantea muy agudamente GIANNATASIO (op. cit. pág. 253). Se ha sostenido - por algunos autores -dice- v.gr. GORLA "La compra-venta e la permuta, pág. 340 y GRECO "Vendita con esclusiva", DPC, 1923, pág. 137 que la concesión de exclusiva tiene autonomía siempre que venga estipulada sucesivamente al contrato, del cual constituye un acuerdo subsidiario desde el punto de vista económico, pero no jurídico. Puede también conservar - su autonomía aunque se estipule al mismo tiempo que el otro contrato, siempre que atribuya una ventaja particular que pueda encontrar su justificación en una autónoma contraprestación. En cambio, según esta tesis, la concesión de la exclusiva forma un cuerpo único con el contrato, cuando las ventajas que - atribuye se coordinan con las ventajas que derivan del contrato al que se une y son valoradas unitariamente.

Al autor citado, le parece, sin embargo, preferible, la opinión que niega en todo caso a la cláusula de exclusiva la posibilidad de constituir un - contrato autónomo y esto no tanto por la unidad de

la causa material, que por sí sola no excluirá un - autónomo negocio accesorio, cuanto porque todas las obligaciones asumidas están íntimamente ligadas entre sí, es decir, son independientes o recíprocamente condicionadas: el complejo de las obligaciones - que pesa sobre una de las partes tiene su correspondiente en el complejo de obligaciones que pesa sobre la otra, la contemporaneidad de la estipulación es por ello indiferente tanto desde el punto de vista - jurídico como desde el punto de vista económico.

GIANNATASIO, La somministrazione, cit, pág. 253.

(7). CORRADO, Della somministrazione, en el Trattato di Diritto Civile de VASALLI, Turin, 1954.

(8). GORLA, op. cit. pág. 340 y ss.

(9). De hecho, los contratos en que se inserta la cláusula de exclusiva son contratos no preparatorios, sino definitivos, es decir, contratos que no vienen a abrir una etapa previa del inter contractual, sino que sientan una relación jurídica definitiva. Sobre este punto véase DE CASTRO, "La promesa de contrato" en Anuario de Derecho Civil, 1950.



- (10) La distinción de la compraventa con exclusiva de los denominados contrato preliminar, contrato normativo o contrato tipo, creo que está clara. Puede verse: FRANCESCHELLI: *Natura giuridica*. Riv. dir. comm. - 1939, I, pág. 242. (Dicho autor, sostuvo ya desde entonces la "unicidad" del contrato.
- (11). La posición de exclusividad -dice FERRI- constituye un elemento esencial en la economía del contrato, - un elemento en función del cual se asumen las obligaciones contractuales y las cargas y riesgos inherentes al desenvolvimiento de la actividad económica. FERRI: *Voz exclusiva*. Nov, dig. pág. 692.
- (12) El pacto de exclusiva no tiene, contrariamente a lo que se ha sostenido (GORLA y CORRADO) una autonomía propia; es siempre -al menos cuando no sea utilizado para la realización de fines extraños a su función económica- un pacto accesorio de otro contrato de - colaboración económica del cual constituye una modalidad". La importancia de la cita en el creador de la doctrina de la cooperación económica es que admite, de pasada, que pueda ser utilizado para otros -

fines. FERRI: Voz exclusiva. Nov. dig. pág. 689.

- (13). Por efecto del contrato fundamental, todas las prestaciones singulares que intervienen durante la vida de la relación y que, como se ha dicho no "consumen" el contrato fundamental, aparecen económica y jurí-dicamente como elementos de un organismo más complejo. FRANCESCHELLI: <sup>N</sup>atura giur. della compravendita con exclusiva. Riv. dir. comm. 1939, I, pág. - 237.

- (14). CARIOTA FERRARA, El negocio jurídico, trad. esp. Madrid 1956, p. 546, pone de relieve cómo "la categoría de las determinaciones accesorias es muy diversa y varia: se deben comprender en ella todas las - disposiciones que sin alterar la esencia del negocio modifican su contenido normal, bien aumentándolo, - bien limitándolo. Quedan, por tanto, fuera ante todo -dice- las determinaciones de los elementos esenciales (p. ej. fijación del precio en la compraventa) y además los pactos que puedan afectar a la vigencia o a la naturaleza del negocio, invalidándolo o alterando su fisonomía.



- (15). Elementi di Diritto Civile. Padova 1937.
- (16). BARBERO. Sistema istituzionale di Diritto Civile ita  
liano. Turin, 1962, tomo I, pag. 438.
- (17). CANDIAN, Nozioni fondamentali di diritto civile. Turin  
1948
- (18). SANTORO-PASSARELLI, Dottrina generale del Diritto -  
civile, Napoles, 1965.
- (19). MOREDA, Il patto di esclusiva nella dottrina e nella  
giurisprudenza. en Riv. dir. Industriale, 1962.
- (20). GUGLIELMETTI, I limiti negoziali della concorrenza.  
Padova 1961.
- (21). El fenómeno de la exclusiva, dice FERRI, en Nov. Dig.  
it., cit. es un aspecto particular del fenómeno más  
amplio de la integración económica. Constituye preciu  
samente una modalidad de las relaciones de colaborau  
ción que se instauran entre empresarios en el campo  
de la llamada integración vertical (Verbindungen -  
des nädisten Stufen). Es característica del fenómeu.

no de la exclusiva el hacer más estrecha la colaboración entre empresarios de grado diverso a través de una limitación de la libertad de iniciativa económica dirigida a asegurar en el campo en que la colaboración se actúa, una posición de exclusividad - a favor de aquel que se vale de la colaboración de otro empresario independiente en el ejercicio de su actividad económica o a favor, en cambio, del empresario que realiza esta función auxiliar o a favor - de ambos". FERRI ha sostenido esta tesis desde sus primeros trabajos en 1933.

- (22). GUGLIELMETTI, ob. cit., pág. 286 plantea el problema de la determinación de la función económico -social de la concesión de exclusiva en general como - un dilema en el cual los puntos en contradicción se rían: a) el considerar que a través del pacto que nos ocupa se busca sobre todo, una limitación de la concurrencia; b) el considerar que la finalidad - perseguida por las partes es el establecimiento de una situación de representación económica. En el - primer sentido, ASCARELLI, Teoría, cit. pág. 90; RUBINO, op. cit., pág. 274 y CORRADO, op. cit. p. 166.



En el segundo sentido sobre todo FERRI, en Dir. -  
Prat. Comm., cit. pág. 279 y ss. y en Nov. Dig. it.  
También MOREDA, op. y loc. cit.

- (23). Para que exista pacto de exclusiva, dice FERRI, al plantearse la necesidad de diferenciarlos de los pactos de competencia (patti di concorrenza) es necesario que de la limitación de la actividad económica por parte de un contratante o de ambos, derive hacia el otro contratante o hacia ambos, una posición de exclusiva en orden a las prestaciones - que constituyen el objeto del contrato.

Y continúa: "Si a la obligación de no hacer no está ligada una obligación de dar o de hacer falta la posibilidad de crear una posición de exclusiva".

"...El pacto de exclusiva se caracteriza y diferencia porque la limitación de competencia .... está en función de una relación de colaboración... De ahí que no juegue el artículo 2596 del Codice - Civile. He aquí los términos de FERRI sobre el tema "frente al pacto de exclusiva dado que ontológicamente y funcionalmente está ligado a una relación

de colaboración, de la que constituye una modalidad, no subsisten aquellas preocupaciones que pueden subsistir frente a los otros pactos de concurrencia y que han determinado la previsión del artículo 2596 del Codice Civile. FERRI. Voz exclusiva. Nov. dig. pág. 689 y 691.

- (24). El pacto de exclusiva está destinado a incidir sobre la relación de colaboración y está con ella casualmente ligado, en el sentido de que sirve a realizar con mayor intensidad la función....

Normalmente en la relación de colaboración y - como contrapartida de la posición de exclusividad - se prevee, como obligatorio el logro de determinados mínimos, el desenvolvimiento de una adecuada publicidad, etc... FERRI, Nov. dig. Voce Esclusiva.

- (25). Los pactos de exclusiva aun constituyendo pacto de concurrencia, se sitúan fuera del fenómeno de las - "intese" y de los carteles, en cuanto están dirigidos a favorecer la distribución de los productos de una determinada empresa en el mercado...



La organización de la distribución de los productos de una determinada empresa a través del reparto del mercado en zonas de exclusiva pudiera tener trascendencia a efectos de la legislación antitrust, no en sí y por sí, sino en cuanto puede representar el instrumento para la realización de - abusos de posición dominante. FERRI, Voz exclusiva. Nov.Dig. pág. 692.

NOTAS AL CAPITULO CUARTO

- (1). Es perfectamente claro -dice RITTER, op. cit. pág. 16- que existe una relación inmediata entre los compromisos de exclusividad y la competencia en el orden económico. En cuanto se sustituye la idea de "partes del contrato", por la de "oferente" y "demandante" -lo que puede justificarse perfectamente, porque las partes del contrato se presentan necesariamente en tales funciones económicas- se demuestra la significación que los compromisos de exclusividad tienen para la competencia: la competencia parece estorbada o restringida, porque aquella parte sujeta por el compromiso de exclusividad, pierde su libertad para elegir dentro de la competencia. Este fenómeno aparece por lo menos teóricamente en todos los casos de compromisos de exclusividad, pues, en principio, existe la posibilidad de competencia en todas aquellas situaciones vitales en que se realizan contratos o negocios. Cada vez que se celebra un contrato, cada una de las partes -oferente y demandante- se ha decidido por una de las múltiples posibilidades, en competencia entre sí, que se le presentaban.



- (2). GARRIGUES, La defensa de la competencia mercantil, Madrid 1964, p. 11 y ss.
- (3). GARRIGUES, La defensa, cit. pág. 15 y ss.
- (4). ASCARELLI, La teoría de la concurrencia, cit. pág. 150 y ss.
- (5). ASCARELLI, op. cit. pág. 173 y ss.
- (6). GARRIGUES, La defensa, cit. pág. 15 y ss.
- (7). BROSETA, La empresa, la unificación del Derecho de Obligaciones y el Derecho Mercantil, Madrid 1965.
- (8). ASCARELLI, Teoría, cit., pág. 188 y ss,
- (9). ROUBIER, Traité de la Propriété industrielle, París, 1952.
- (10). Las condiciones que parecen exigibles para que pueda hablarse de libre concurrencia son las siguientes:



1º. El mercado se encuentra compuesto por una pluralidad de demandantes o de oferentes (concur-rencia).

2º. Cada uno de estos participantes toma sus deci-siones con independencia de los demás y trata, en lucha con los demás, de ganar clientes para sus productos (competencia).

3º. Como consecuencia de todo lo anterior, los pre-cios y las demás condiciones de la venta (núme-ro de mercancías compradas o vendidas) se forman - automáticamente, sin que sea decisiva la voluntad de los interesados.

(11). ASCARELLI, Teoría, pág. 188 y ss.

(12). Cfr. ASCARELLI, Teoría, cit. pág. 226 y ss. - Vid. también MOSCO, La concorrenza sleale, Nápoles 1956; SORDELLI, La concorrenza sleale, Milán 1956.

(13). ROTONDI, Diritto Industriale, 3ª edic., Padua 1965, clasifica los actos constitutivos de competencia - desleal en: A) Actos lesivos de la esfera interna;

y B) Actos lesivos de la esfera externa. Dentro del epígrafe A) sitúa las siguientes hipótesis: a) abuso de secretos; b) Cooperación a la violación de relaciones contractuales; c) La imitación servil del producto; d) La competencia parasitaria.

En cambio, bajo la rúbrica B) coloca los siguientes supuestos: a) Actos de concurrencia por confusión; b) Denigración del competidor; c) Publicidad falaz de la propia empresa; d) Formas antieconómicas o incorrectas de venta; e) Boicott.

- (14). Además de los sistemas jurídicos que en el texto se exponen presentan especial interés las normas dictadas sobre esta materia en los Países Bajos, las cuales por pertenecer a la CEE han adoptado su legislación a las exigencias del Tratado de Roma. Sobre ello véase VAN REEPINGHEN "La legislation belge concernat les pratiques restreignant la concurrence", Extrait del Rapports au Colloque international de droit europeen Bruxelles 1962.- HARY BEERMANN - "La legislation Antitrust du grand-Duche de Luxembourg", Ibid.- BAARDMAM, "La legislation neerlandaise en matier de cartels et son application.- - .



Ibid.- En el derecho interno belga una ley de 27 de julio de 1961 ha establecido lo que se ha llamado el Estatuto de los concesionarios exclusivos (DI BISEAU DE HAUTEVILLE, "Les statut des concessionnaires exclusives". Loi du 27 de juillet de 1961, Commentaire pratique, Bruxelles 1962. La finalidad fundamental de esta ley ha sido proteger la situación del concesionario en exclusiva. La ley muy breve -no tiene más de seis artículos- se desarrolla sobre la base de los siguientes puntos: 1º). El artículo 1º define el concesionario de venta exclusiva como el comerciante que recibe de un concedente el derecho de vender a título exclusivo los artículos o productos que éste fabrique o distribuya y que venda estos artículos o productos en su propio nombre y por su propia cuenta. El hecho de que el concedente se reserve el derecho de vender por si mismo, directamente, un cierto número de artículos o productos, no priva al concesionario de su cualidad de concesionario exclusivo; - 2º). Los contratos de concesión de venta en exclusiva, de duración indeterminada, no pueden ser terminados, sin falta grave de una de las partes, a -

sus obligaciones contractuales, más que mediante un preaviso razonable o mediante una indemnización es establecida por las partes en el momento de la denuncia del contrato y en defecto de acuerdo de las - partes, por el juez, conforme a equidad, y conforme en su caso a los usos; 3º). Si el contrato es resuelto por el concedente por motivos distintos de una culpa grave del concesionario o si éste último pone fin al contrato por causas de una falta grave del concedente, el concesionario puede pretender - una indemnización complementaria, que se fija te--niendo en cuenta los aumentos notables de cliente--la aportada por el concesionario y que es adquiri--da por el concesionario, los gastos que el concesio--nario haya expuesto en busca de la explotación de la concesión que aprovecha al concedente después - de la explotación del contrato, y las cantidades - que el concesionario debe al personal que haya de licenciar como consecuencia de la resolución del - contrato; 4º). Los concesionarios tienen frente al concesionario de quienes la reciben sus derechos, los mismos derechos y obligaciones que el concesio--nario frente al concedente.



- (15). PLAISANT, Les contrats d'exclusivité, en Rev. Trim. de Droit Commercial, 17, 1, 1964, pág. 1 y ss.
- (16). HERMMD, en ESCARRA-RAULT "Traite theorique et - pratique de Droit Commercial", Les contrats commerciaux", París, 1953, nº 120.- También CHAMPAUD "La concession commercial", Rev. Trim. de Droit - Comm. 1963, pág. 451.
- (17). Vid. TOULEMON, La speculation par refus de vente en Rev. Droit Commercial. 1961, pág. 1 y ss.
- (18). El texto del artículo 37, 1º, a) de la Ordenanza de 30 de junio de 1945, modificado por el Decreto de 24 de junio de 1958, dice literalmente que - "se asimila a la práctica de precios ilícitos el hecho de que cualquier productor, comerciante, - industrial o artesano, rehuse satisfacer, en la medida de sus disponibilidades y en condiciones conformes con los usos mercantiles, las demandas de los compradores de productos o las demandas - de prestación de servicios, siempre que estas demandas no presenten ningún carácter anormal, ema-



nen de demandantes de buena fé y la venta de los -  
productos o la prestación de los servicios no esté  
prohibida por la ley o por un reglamento de la auto  
ridad pública, así como practicar habitualmente con  
diciones discriminatorias de venta o incrementos -  
discriminatorios de precios que estén justificados  
por aumentos correspondientes del precio de origen  
de los suministros o de los servicios. Vid. el tex-  
to en CASEL, Refus de vente, clauses d'exclusivité  
contrat de concession. Paris 1960, pág. 141.

(19). PLAISANT, Les contrats d'exclusivité, cit.

(20). La llamada "Circular Boisdé" de 15 de febrero de -  
1954, al analizar las excepciones que justifican -  
la "refus de vente" -falta de disponibilidades, ca  
rácter anormal de la demanda, mala fé del adquiren  
te, etc.- indicaba que "puede considerarse que la  
demanda del comerciante tiene un carácter anormal  
que puede legitimar la rehusa de venta en los ca--  
sos siguientes: .... cuando las mercancías no son  
distribuidas más que a través de un circuito orga-  
nizado que comporta cláusulas contractuales de ex .

clusiva, estipuladas por escrito y en las cuales - se pacten obligaciones recíprocas para el vendedor y el comprador".

"Conviene, en efecto, precisar -sigue diciendo- la citada Circular- que el Decreto no prohíbe - los contratos de exclusiva, a condición de que tales contratos: 1º. Mejoren efectivamente el servicio prestado al consumidor y 2º. No produzcan el - resultado de entrañar un alza de los precios, de - mantener los precios a un nivel anormalmente elevado o de reducir el volumen de los productos obtenidos a un nivel inferior a las necesidades del mercado".

"Dentro del cuadro de los principios que se - acaban de anunciar, no caen bajo el golpe del Decreto de 9 de agosto de 1953 los contratos de exclusiva, que se celebren en los casos examinados - a continuación:

1º. Cuando el contrato sigue solamente a dos empresas y una de ellas, productora, reserva la totalidad de su fabricación a la otra empresa. El establecimiento productor está legitimado, en este -



caso, para rehusar vender a cualquier otro distribuidor o usuario.

2º. Cuando se trate de un fabricante o de un mayorista que asegura la venta de sus productos a través de una red de concesionarios exclusivos. - Puede considerarse que éstos contratos no presentan carácter anormal siempre que comporten para ambas partes obligaciones precisas y recíprocas: obligación para el suministrador de garantizar al concesionario la exclusividad de la venta de sus productos en un sector particular y, en contrapartida, - obligaciones para el concesionario, que pueden ser diversas y variables pero que deben estar netamente fijadas y ser efectivamente cumplidas, tales como la de reparar los productos vendidos, la de tener aprovisionamiento de piezas, la de no vender - otras mercancías idénticas o incluso la de participar a título oneroso en las campañas de publicidad". Ver CASEL, pág. 133 y 134.

(21). Por su interés en relación con el tema que estamos estudiando merece la pena recoger aquí el texto de la Circular Fontanet en la parte en que se ocupa -

de lo que llamamos "contratos de concesión de exclusiva", a través del esquema que presenta PLAISANT.

El contrato de concesión en materia comercial -dice la cláusula- es una convención que liga a su suministrador con un número limitado de comerciantes a los cuales aquél reserva la venta de un producto bajo la condición de que cumplan determinadas obligaciones. Existen numerosos tipos de contratos de concesión según la existencia de las obligaciones establecidas por las partes. Cuando el concedente no se le prohíbe designar a otros distribuidores en la zona atribuida a su concesionario y este a su vez tampoco se obliga por su parte a no vender productos concurrentemente con los del suministrador, se trata del más simple de los contratos de concesión; es generalmente, el de los distribuidores agregados.

Pero se encuentran, en sentido contratio, contratos de concesión exclusiva, en los cuales la exclusividad se entiende en un doble sentido, según que se consideren las obligaciones del concedente que se obliga a no aceptar otros distribuidores en el territorio asignado a su concesionario, o -



las obligaciones del concesionario, que se obliga a asegurar la venta exclusiva de los productos de su suministrador o por lo menos a no vender productos concurrentes. La exclusiva más estricta se asegura cuando concedente y concesionario suscriben esta doble y recíproca obligación; es este un tipo de concesión que está en vigor, por ejemplo, en el comercio de automóviles nuevos.

Desde el punto de vista de la reglamentación sobre la libre concurrencia, el contrato de concesión simple no plantea ninguna dificultad. Desde el momento en que el demandante cumple las condiciones de calificación profesional y de instalación material, aceptando someterse a las obligaciones de órden técnico a las cuales generalmente se subordinan las distribuciones por el suministrador, éste no puede rehusar la venta.

El contrato de concesión exclusiva plantea un problema diferente, pues comparte necesariamente la obligación de rehusar vender a los demandantes que no tengan la cualidad de concesionarios del suministrador. Evidentemente la reglamentación quedaría - privada de sentido si hubiera que admitir que para



tener derecho a rehusar la venta le basta al suministrador, sin tener que presentar otra justificación, dar el nombre de concesionarios exclusivos a aquellos comerciantes a los que acepte aprovisionar y no conceder este calificativo a los demás. Ello hace necesario definir las condiciones que deben ser reunidas para que en esta eventualidad la rehusa de venta quede justificada.

El texto asegura, en efecto, a todos la misma libertad de aprovisionamiento, La limitación de esta libertad que todo contrato de concesión exclusiva implica en lo que se refiere a los terceros, no es admisible en principio, más que con la condición de que los contratantes hayan limitado ellos mismos su propia libertad contractual. Obligándose al concedente a no vender a un competidor, actual o eventual del concesionario y a no crear otra concesión en la zona que le ha atribuído; obligándose al concesionario, recíprocamente, a no vender productos que sean concurrentes con aquellos por los cuales la concesión ha sido concedida.

En otros términos, si esta convención puede . . . ser opuesta a un tercero para rehusarle la venta,

es porque existe entre los contratantes, una conven  
ción que hace del concedente el suministrador ex--  
clusivo del concesionario y del segundo el cliente  
exclusivo del primero.

La zona de actividad del concesionario debe en  
contrarse delimitada de una manera precisa (una o  
varias divisiones administrativas del territorio,  
el espacio comprendido entre tal y cual calle, etc,) La rehusa de venta no puede ser opuesta lícitamente  
a un tercero en una zona en la cual el suministra-  
dor haya dividido la exclusiva de la distribución  
del producto entre varios comerciantes.

Por "Productos concurrentes" se entienden aquel  
los que cualesquiera que sea su procedencia o su  
modo de fabricarse y de empleo, están destinados a  
los mismos usos y que por su precio pueden ser con  
siderados como dirigidos a una misma categoría de  
consumidores.

El contrato de concesión exclusiva puede, natur  
almente, contener cláusulas diversas de las que se  
refiera a la limitación recíproca de la libertad - . .  
de transacciones del concedente y del concesionario,



tales como las que se refieran a la participación de uno de los contratantes en la publicidad hecha por el otro, a la exigencia de ciertas condiciones respecto a la importancia y frecuencia de los pedidos, etc. Estas cláusulas deben tener sencillamente por objeto asegurar una mejora del servicio prestado al concesionario. Esta finalidad puede conseguirse señaladamente por el incremento de los conocimientos técnicos del vendedor que resulta de una formación complementaria de un especialista, que le pueda ser dispensada por el concedente. El concesionario se encontrará así en situación de informar - con competencia de clientes antes de venderles el producto y será capaz de asegurar un servicio posterior a la venta conforme a las instrucciones del - concedente.

Más ninguna cláusula puede tener por objeto o efecto, aunque sea indirecto, limitar la libertad del concesionario para fijar él mismo -a reserva, por lo que se refiere al precio máximo, de la observancia de las disposiciones sobre la reglamentación de precios.- El precio de venta del producto debe ser libre, salvo naturalmente, que se haya

acordado una derogación de la interdicción de la práctica de un precio mínimo. Esta condición debe ser tanto más estrictamente respetada cuanto que la distribución por concesión exclusiva constituye por su misma naturaleza una traba a la libre concurrencia, al dar al suministrador un medio eficaz para constreñir al comerciante, al cual la concesión puede serle retirada en un plazo generalmente breve. En consecuencia, un contrato de exclusiva cuyo objeto sea imponer al concesionario la práctica de un precio mínimo fijado por el concedente será nulo por ilicitud de una de sus cláusulas y no servirá para justificar una rehusa de venta opuesta a un tercero. Poco importa que esta obligación sea objeto de una cláusula expresa o que resulte implícitamente del juego de estipulaciones que parezca tener una finalidad diferente, como por ejemplo respecto de las condiciones generales de venta fijadas por el concedente, obligaciones de utilizar un material publicitario del que forma parte etiquetas indicativas del precio, obligaciones de no hacer nada que permita creer que los objetos puestos en venta tienen un valor intrínseco menor, - . . . etc.



Del mismo modo, si resulta de las circunstancias que esta forma de distribución no es aplicada sistemáticamente por el suministrador más que en una o varias zonas o respecto de ciertos comerciantes que ejerza una viva competencia sobre los precios, se puede presumir que el contrato de exclusiva no tiene otra finalidad que privarle o prohibir a algunos de ellos de todo aprovisionamiento porque no respetan los precios que le aconseja. Otra cosa ocurriría si el concedente no hace' más que establecer la red de distribución y respeta su red ya en curso.

Corresponde en fin, a aquel que para rehusar - vender, oponga la existencia de una concesión, la - prueba de la misma, por todos los medios permitidos por el derecho comercial y tratándose de un acto jurídico que debe cumplir, para ser oponible a los terceros, un cierto número de condiciones, la prueba de la existencia de esta convención, deberá resultar - de manera general de un acto escrito. Este, sin embargo, no será por otra parte suficiente para justificar una rehusa de venta si se demuestra que las partes no respetan las cláusulas del contrato. Si ellos se han puesto de acuerdo, más o



menos tácitamente a fortiori y de manera expresa, como para dispensarse de las obligaciones que han establecido, en el contrato, se debe considerar - el contrato como una convención simulada cuyo verdadero objeto es rehusar la venta a ciertos demandantes y cuya causa es, en consecuencia, ilícita - en aplicación del artículo 37, 1º, a, de la Ordenanza núm. 45.- 1483. Del mismo modo, la convención de exclusiva no puede tener efecto respecto - de terceros si uno u otro de los contratantes actúa ostensiblemente sin tenerlo en cuenta. Se debe, en efecto, suponer, que el contratante que le permite actuar así le ha dado de hecho su consentimiento.

En definitiva, el contrato de concesión de exclusiva no puede constituir una excepción a la prohibición de la rehusa de venta más que si se encuentra justificada por el interés de los consumidores, si está ausente de toda idea de fraude de los derechos de los terceros y si no procede, del espíritu - de limitación voluntaria de la concurrencia que condena la legislación económica.

- (22). NICOLAS Y SDAD. BRANDT, c. SDAD. PHOTO CLUB; Sentencia del Tribunal de Apelación de París 7 de enero de 1961 y Sentencia del Tribunal de Casación de 12 de julio de 1962. PLAISANT, "Les contrats d'exclusivité", cit. pág. 1 y ss; GUYENOT, "Les conventions d'exclusivité", pág. 514 y ss. CHAMPAUD "La Concesión comercial"; pág. 451 y ss.
- (23). En opinión de CASEL, op. cit. pág. 94, recogiendo - la distinción entre exclusiva de suministro y exclusiva de aprovisionamiento, entiende que la cláusula de exclusiva de suministro, es válida siempre, mientras que la cláusula de exclusiva de aprovisionamiento justifica la rehusa de venta si es concedida por un fabricante que no posee un servicio propio de venta a un comerciante que distribuya los productos libremente. En cambio si se concede a varios comerciantes se produce un refus de vente.
- (24). La ley de 1957 fué modificada por la ley de 9 de septiembre de 1965. Sobre el Derecho alemán, véase - FIKENTSCHER "Les lois antitrust allemandes, en Lois antitrust" y en Ann. comp. studi. legisl. 1963, 81. GLEISS-HIRSCH EWG.-Kartellrecht-Heidelberg, 1962, -. FUCHS. (Dieter) Kartellverbot und Einzelvertrag-Köln 1963, LEHIMPFUHT (Rolf) "Vertriebsbindungen" Köln



1965, TELZMER, Kartellrecht, München und Berlin 1965. SCHWARTZ "Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und europäisches Kartellrecht, 2ª edic. Köln und Berlin - 1963. SCHLIEDER, EWG, Kartellrecht 1962, FAGETTI, I Berichte del Bundeskartellamt sulla propria attività negli anni 1959 a 1960. Rivs. dir. indus. 1961, II. 387.

(25). Cfr. también BARTHOLOMEYEZIK, "La legge tedesca sulla concorrenza". Riv. Soc. 1958. pág. 971. LIBONATI, - "Osservazioni in tema a la nuova legge tedesca sui catelli", Riv. Soc. 1958, pág. 1282 y Rv. Soc. 1957 pág. 896.

(26). Como reseña FIKENTSCHER, Les lois antitrust allemandes, en Lois Antitrust, cit. pág. 159, la GWB - parte de la noción fundamental de limitación de - la concurrencia, que sin embargo, no define, y distingue entre limitaciones de la concurrencia por - intervención y las que resultan de un estado de cosas dado. Las primeras son por lo general prohibidas, con algunas excepciones previstas por la Ley. Las segundas son permitidas, pero quedan sometidas a control para evitar los abusos. Puede decirse - por ello, que la Ley es, en cuanto a las limitaciones de la concurrencia por intervención una Ley - prohibitiva (Verbotsgesetz) y en cuanto a las limi-

taciones de la concurrencia producidas por un esta  
do de cosas dado, sin intervención de los interesa  
dos, es una ley contra abusos. (Missbraushgesetz).

(27). El § 18 de la GWB dice, literalmente transcrito, -  
lo siguiente: "(1) La autoridad puede declarar ine  
ficaces los contratos entre empresas sobre mercan-  
cías o prestaciones industriales con efecto conti-  
nuado o hasta un momento futuro a determinar por  
ellas, así como impedir la aplicación de un nuevo  
convenio semejante, siempre que con ello.

1. Se limite a la libertad de una de las partes con  
tratantes para la utilización de las mercancías  
suministradas o de otras mercancías o prestaciones  
industriales, o

2. Se imponga a una de las partes contratantes una  
limitación de recibir de terceros o de entregar  
a terceros otras mercancías o prestaciones indus--  
triales, o

3. Se imponga a una de las partes contratantes una  
limitación de entregar a terceros las mercancías  
suministradas, o



4. Se obligue a una de las partes contratantes a recibir mercancías a prestaciones industriales - que objetivamente o de acuerdo con los usos de comercio no sean accesorios y con ello se restrinja injustamente la libertad económica de esta parte - contratante o de otra empresa y por la extensión - de tal limitación se perjudique sustancialmente la competencia en el mercado para ésta u otras mercancías o prestaciones industriales.

Como injusta en el sentido del párrafo 1. se considera la restricción a la que no se corresponde una contraprestación adecuada.

(28). TETZNER (Heinrich) - Kartellrecht. München und Berlin, 1965, pág. 80 y ss., señala que la ley atribuye un poder de intervención a la Kartellbehörde en los contratos con obligación de distribución - (Absatzleindemgsvertragen), contratos de exclusiva (Ausschließlichkertvertragen) y contratos de acoplamiento (Koppelemgsverträgen).

El § 18 GWB da a la autoridad de Karteles un derecho ampliamente concebido para intervenir frente a contratos entre empresas sobre mercancías o presta-



ciones industriales, en tanto que tales contratos limitan la libertad de una de las partes en la uti-lización de las mercancías suministradas o de otras mercancías o prestaciones industriales o la limitan en obtener de terceros otras mercancías o prestaciones industriales o en entregarlas a terceros o en entregar a terceros las mercancías suministra--das. Un derecho de intervención igual existe frente a contratos en los cuales una de las partes contra-tantes se obliga, de una manera efectiva o según - el uso comercial, a no tomar correspondiente mercan-cias o prestaciones industriales.

Hay que observar que una intervención es posible solo en caso de limitación de las partes con-tratantes. Un inicu perjuicio de los consumidores además no hace falta. Otro requisito de una inter-vencción de la autoridad en estos casos es sin em--bargo que por las limitaciones en cuestión, la li-bertad económica de movimientos de una de las partes o de otras empresas quede inicuámente mermado y que por la extensión de tales limitaciones se - perjudique de manera sustancial la competencia en el mercado para estas u otras mercancías o presta-

ciones industriales. Ambos requisitos deben darse simultáneamente. Como inicua se considera una restricción a la cual no se contrapone una contraprestación adecuada (§ 18, 2). Esto puede ocurrir también cuando durante la vigencia del contrato la contraprestación adecuada desaparece o pierde valor económico.

Los convenios de prohibición de concurrencia como deberes adicionales de un contrato son en principio admisibles. Se celebran y practican corrientemente semejantes contratos, por los - cuales en los contratos de la industria hotelera puede ser acordado el aprovisionamiento de cerveza de una cervecería. Tales prohibiciones de competencia puede conducir a una intervención - de la Autoridad en virtud del § 18 cuando limiten inicuaamente la libertad de movimiento económico de una de las partes ' contra-- -



tantes o de otras empresas y cuando por la extensión de esta limitación se perjudique sustancialmente la concurrencia en el mercado para ésta u otras mercancías. Este puede ser el caso cuando únicamente es prohibida la fabricación de un objeto que es especialmente prometedor. En tales casos un competidor financieramente más débil puede con frecuencia hacer una concurrencia sensible a una empresa rectora en el mercado y puede a través de una concurrencia en los precios -mediante la instalación solitaria de una empresa rectora aumentar más ampliamente los precios- influir en el mercado. La exclusión del competidor débil puede por tanto, perjudicar sustancialmente la competencia.

Sobre la admisibilidad de una prohibición de concurrencia en un contrato de obra con suministro ha decidido la OFICINA Federal de Kárteles en el llamado "caso Melitta". La firma "Melitta Werke" de München (Westfalia) había prohibido contractualmente a otra firma que fabricaba para ella en virtud de un contrato de obra con suministro los filtros de café Melitta en la medida de sus necesidades, fabricar o comerciar con filtros de café y te del sistema Melitta, esto es, filtros en unión del pa

pel. La patente de estos filtros y de los papeles especiales había caducado. La Oficina Federal de Karteles declaró ineficaz el contrato en cuanto que - en él se prohibía al suministrador fabricar y ven--der filtros de té y de café que filtran a través - de papel, aunque en la forma se distinguieran perfectamente de los filtros Melitta. La prohibición de concurrencia en cuestión, en opinión de la Oficina Federal, conducía cuando se ensanchaba a una limitación inicua de la libertad de actuación económica del suministrador a través de la cual se - perjudica sustancialmente la competencia en el mercado. Para ello, partía la Oficina Federal de que - pará los filtros de té y café, que filtran con papel había configurado un especial mercado en el - cual Melitta Werke era un elemento rector. Este mercado podía ser sustancialmente influido por la aparición de un competidor que ofreciera precios más bajos aunque fuera un competidor de pequeña envergadura.



Bajo el § 18 pueden caer convenios de venta - que un fabricante impone a los almacenistas al por mayor, según los cuales respectivamente, un comerciante al por mayor es en su territorio un suministrador exclusivo. Un convenio semejante limita al - comerciante al por mayor en la aplicación de las - mercancías suministradas en el sentido del § 18. Cuando un comerciante al por mayor de productos - alimenticios da crédito a sus clientes al detall - para modernizar o ampliar su tienda y este se obli - ga a proveerse con él del 80 % de sus necesidades, no existe en ello, por lo general, una limitación - de libertad económica del detallista así vinculado si este convenio de exclusividad no se extiende más allá del momento de la restitución del préstamo. Una seme - jante concesión de crédito no sirve exclusivamente al interés del detallista obligado, sino que también de - be crear compradores al mayorista concedente del cré - dito. También falta con frecuencia en tales casos el da - ño sustancial de la concurrencia exigida por el § 18, porque al detallista obligado, un número importante de detallistas no obligados, se contrapone.



Cuando una sociedad cooperativa, que se dedica estatutariamente a intermediar en la compra de artículos de consumo coopera con un fabricante en la elaboración de un "modelo especial", no se viola el § 18 - si se reserva este modelo, se reserva exclusivamente a los miembros de la cooperativa. Puesto que la cooperativa participa en el desarrollo del modelo con base en su experiencia del mercado, una tal limitación del fabricante no es inicua en el sentido del § 26,1.

- (29). MORERA. Considerazioni in tema di disciplina comunitaria del patto di esclusiva. Riv. dir. indus. 1964, pág. 52.
- (30). Sobre el Derecho Norteamericano véase ROTONDI "La disciplina della concorrenza negli Stati Uniti", RDC. 1962, pág. 410. FOSANEARIO, "Le droit de la concurrence de la CEE et le droit antitrust des Etats Unis" Rev. Marche Commun 1965 pág. 347. KRONSTEIN-MILLER - "Modern American antitrust Law". Nueva York, 1958.. WAN CISE "A practical guide to the antitrust Laws" Nueva York 1952, FRIEZDMANN "Antitrust Laws, a comparative symposium".

- (31). Un perjuicio sustancial para la competencia se produce "simply by proof that a substantial portion - of concurrence is affected or whether it must - also be demonstrated that competitive activity has actually diminished or probably will diminish" y - la cuestión se decidió por cinco votos contra cuatro en favor de la primera alternativa y el contrato cuestionado se declaró inadmisibile porque "pre-closed competition in a substantial share of the - line of commerce affected.
- (32). Coca Cola Bottling c. Coca Cola Comp. 1920.
- (33). Federal Trade Commission (FTC. v. Falony Oil and - Manufacturing, Co. 1923.
- (34). Los fabricantes de automóviles y de maquinas complicadas pueden imponer a sus compradores la obligacion de proveerse de las piezas de repuesto solo con - ellos (Pick MFG V. General Motors, 1935).
- (35). International Salt Co. v. U.S. 1947.- Vid. KAUFMAN, Kommentar zum B.G.B. Introd. B. pág. 14 y ss.



NOTAS AL CAPITULO QUINTO

- (1). Como precedente útil para el estudio del Tratado de Roma pueden examinarse las resoluciones de la Corte de Justicia relativas al Tratado de la CECA cuyos artículos 65 y 66 presentan clara similitud con el art. 85 y ss. del Tratado de Roma. Ver Apéndice de Droit Européen de la Concorrence. París 1966, pag. 373. Sobre los problemas de las cláusulas de exclusiva en relación con la disciplina normativa de las prácticas restrictivas de la concurrencia en el Derecho de la Comunidad Económica Europea, véanse por todos Droit Européen de la Concorrence (Art. 85 a 89 du Traité de CEE) de PLAISANT, FRANCESCHELLI, LASSIER, París 1966., y también STOLFI (Mario) "Diritto europeo in materia di concorrenza" RDC 1963, pag. 332 y BERNARDINI, "Disciplina comunitaria e disciplina interna in materia di concorrenza" RDC. 1963, pag. 282.
- (2). VON WERDT "Aplicazione dell'art. 85 del Trattato della CEE. ai contratto di scambio". Riv. soc. 1962, pag. 793 MOK (Robert) "Il Trattato di Roma e i contratti di rappresentanza esclusiva". Riv. soc. 1963, pag. 652.
- (3). Cfr. QUADRI-MONACO; TRABUCHI, "Comentario del Trattato istitutive della CEE." Milán, 1965- DERINGER "Les regles de la concurrence au sein de la CEE." Riv. Marc. Comm. 1963
- (4). La disciplina de los arts. 85 y 86 del Tratado de -



Roma, en relación con las cláusulas de exclusiva se habían prestado con anterioridad respecto al art. 65 del Tratado que creó la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) y las soluciones no habían sido unánimes. Se pronunció por una solución extensiva, KRAWIELICKE "Das Monopolverbot im Schumanplan" Tubinga 1952 y para la restrictiva -- REUTER "La Communauté Europeenne du Charbon et de l'Acier", Paris, 1953, pág. 210. La Alta Autoridad de la CECA expresó su opinión de que el art. 65 se aplicaba también a los acuerdos verticales y por consiguiente a los pactos de exclusiva.

- (5). Sobre la distinción de los acuerdos limitativos de la concurrencia en acuerdos horizontales y verticales. vid. GUGLIELMETTI, op. cit. pág. 288. También KAUFMANN, Kommentar, cit. introd. c, 108 y ss. Se habla de "acuerdos horizontales" cuando el convenio vincula a empresas dedicadas al mismo tipo de actividad y por tanto directamente concurrentes (v. gr. fabricantes de automóviles). Se habla, en cambio, de "acuerdos verticales" cuando el convenio liga a empresas que participan en estadios diversos del ciclo económico y que no son, por tanto, -

competidores directos (v.gr. un fabricante de motores, un fabricante de automóviles, un exportador - y un comerciante dedicado a la venta al público de los vehículos). GUGLIELMETTI, op. y loc. cit. pág 286; ASCARELLI, op. y loc. cit. pág. 90; BERNARDINI.

- (6). Las posiciones de la doctrina en el Derecho Comunitario pueden reducirse al siguiente esquema: La posición de VON WERDT, según la cual los contratos de cambio entre empresas que no están en posición dominante limitan la competencia formalmente pero no sustancialmente (op. cit. pág. 811). Según la opinión del autor citado los contratos de representación en exclusiva no están en contra de los fines del Tratado. De hecho después de la completa integración económica de los países miembros será necesario todavía mantener vivo un sistema de representantes delimitados territorialmente. El hecho de - que las zonas coincidan con los Estados es un he--cho que carece de trascendencia. En contra de lo anterior la opinión de MOK, según la cual las cláusulas de exclusiva restringen siempre la competencia, por lo cual para decidir si cae o no dentro del -



art. 85 del Tratado será necesario en cada caso discernir en que medida perjudica en el comercio entre los Estados miembros.

- (7). Sobre el Reglamento nº 17 de 6 de febrero de 1962 - afirman PLAISANT, FRANCESCHELLI y LASSIER en la obra citada (pág. 6 y ss) que su publicación "marca una - fecha capital en la historia de la reglamentación de las prácticas restrictivas de la concurrencia"....- porque desde entonces "existe una concepción europea bien definida.... y con caracteres bien determinados". Además. vid. QUADRI-MONACO-TRABUCCHI, Commentario del Trattato istitutivo della Comunità económica europea. Milán 1965, tomo 4º. pág. 313 y ss.
- (8). DERINGER, Les regles de la concurrence au sein de la CEE. (Analyse et Commentaires des arts.85-94 du Traité). Rev. Marche Commun. 1963, pág. 88 dice que el art. 85 prohíbe toda clase de acuerdos entre empresas de - los cuales resulte una limitación susceptible de afectar al comercio entre los Estados miembros. Están comprendidos, por tanto, en dicho artículo, no solo las en tentes horizontales, sino también las verticales y entre estas los contratos de exclusiva. Vid. también FOC-SANEANU, Le Droit de la concurrence de la CEE et le - droit antitrust del Etats Unis. Rev. Marche Commun. 1965 pág. 347.

(9). El art. 1 de la Ordenanza nº 153 de la Comisión de 21 de diciembre de 1962 introdujo en el art. 4 del Reglamento nº 27 un nuevo párrafo -que lleva el nº 2, a)- y que dice lo siguiente:

"La notificación puede hacerse de acuerdo con el formulario simplificado anejo B-1, llenando los requisitos señalados en el mismo, cuando se trate de contratos de suministro con exclusiva en que - participen solo dos empresas y:

- en los cuales una de las partes contratantes se obligue frente a la otra, a suministrar solo a esta con fin de reventa dentro de un determinado territorio del Mercado Común determinadas mercancías; o
- en los cuales una de las partes se obligue frente a la otra a recibir solo de ella con fin de reventa determinadas mercancías; o
- en los cuales se convengan entre ambas empresas deberes bilaterales exclusivos del tipo de los - caracterizados en los párrafos anteriores.

(10). Ver MOREDA, Considerazioni in tema di disciplina - comunitaria del patto di esclusiva, en Riv. Dir.



Indust. 1964, pág. 52, Cfr. también FRANCESCHELLI,  
Il primo regolamento di applicazione degli artt.  
85 e 86 del Trattato di Roma. R.D.C. 1962, pág.  
429.

(11). PLAISANT, en Direction, 1962, pág. 853.

(12). Sobre el asunto Bosch, vid. MOK, Il Trattato, cit.  
pág. 664.

(13). Sobre el asunto Grundig, c. Consten, también MOK,  
cit. pág. 672

(14). Sobre la decisión del asunto Grundig-Consten, Vid.  
Revue du Marché Commun, 1964, pág. 502 y ss. y -  
1965, pág. 79 y ss.

(15). DUPUY-RIDEAU-TORRELLI: Jurisprudence de la Cour de  
Justice des Communantes européennes. Rev. Marché -  
Commun, 1965-392, (cfr. Bosch)

NOTAS AL CAPITULO SEXTO

- (1). Sobre la Ley Española de Prácticas Restrictivas de la Competencia hay un buen comentario de la SOCIEDAD DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Madrid, 1964, publicado bajo la dirección de SENEN.

El Proyecto de Ley fué estudiado por SANCHEZ CALERO, en la Rev. Der. Merc. 1963,



NOTAS AL CAPITULO SEPTIMO

- (1). GUGLIELMETTI, I limite negoziali della concorrenza, cit. pag. 295 y ss.
- (2). GARRIGUES, en el lugar citado señala que prescindiendo de la limitación en cuanto al objeto de la exclusiva por entender que ésto es una cuestión puramente académica, ya que sería inconcebible una cláusula de esta naturaleza que no se refiriese a un objeto o mercancías determinados o a un género también determinado.
- (3). FRANCESCHELLI, Natura giuridica della compravendita con esclusiva, Riv. Dir. Comm. 1939, I, pag. 241.
- (4). GARRIGUES, en cambio, entiende que "la cláusula - puede ser incluida o añadida más tarde no sólo a un contrato de ejecución duradera".
- (5). Bajo los viejos Códigos -dice RUBINO, La compravendita, cit. pag. 270 y ss- se dudaba de la licitud



del pacto, pero prevaleciendo decididamente la tesis afirmativa, se discutían los límites dentro - de los cuales debía ser mantenida. La cuestión es hoy definida en la norma general del art. 2596 C.C aplicable al pacto de exclusiva: es válido solo - circunscrito a una determinada zona y no puede exceder de la duración de cinco años; si la duración no es determinada contractualmente o es establecida para un periodo superior, el pacto es válido durante un quinquenio. En aplicación de la misma - norma, el pacto de exclusiva debe ser probado por escrito.

(6). El art. 2596 que como -dice ASCARELLI- se refiere por tanto a pactos que encuentran su propia causa en la disciplina de la reciproca competencia entre actividades... entre partes en reciproca competencia o que concluyan el pacto en relación al ejercicio de actividades concurrentes. ASCARELLI, Teoria della concorrenza. 2ª ed. Milán 1957, pág. 68.

(7). Sobre la necesidad de la existencia de un interés apreciable del sujeto en cuyo beneficio viene estipulada la cláusula, vid. GUGLIELMETTI, op.cit. pág. 306. De un "límite objetivo" ha hablado PUENTE MU

ÑOZ, El pacto de exclusiva, en Rev. Der. Merc. 1967, pág. 109.

- (8). Los pactos de exclusiva -dice ASCARELLI- no pueden ser admitidos sino en cuanto resulten debidos a un "interés apreciable" <sup>u</sup> que los justifique y contenidos dentro de unos límites de género y tiempo. ASCARELLI, Riv. dir. ind. 1959, I, pág. 8.



NOTAS AL CAPITULO OCTAVO

- (1). GUGLIELMETTI, *op. cit.* pág. 314, se adhiere a la idea de FEDELE. (Il problema, pág. 289), según la cual "en nuestro ordenamiento el tercero que dolosa o culposamente, causa un perjuicio a un derecho de crédito no comete por ésto solo un acto ilícito".

Si esta solución es válida en vía general -añade el autor citado- y si de otra parte, el problema no es el de la tutela de un derecho real, que en nuestro caso no existe, parece claro que para poder afirmar la posibilidad de una acción contra el tercero y la consiguiente responsabilidad de éste, habría que subvertir el recordado principio de la relatividad de los efectos del contrato.

Esta revolucionaria conclusión subvertiría por otra parte el tradicional principio del "numerus - clausus" de los derechos reales, añadiendo a los ya conocidos uno nuevo. No parece posible, por ello, entender que la concesión de exclusiva atribuya una posición de monopolio legal que sea tutelable erga

omnes, sino unicamente una relación de naturaleza obligatoria que despliega sus efectos unicamente - entre los contratantes.

Por ello, o bien el concesionario consigue - demostrar que la invasión de su zona de exclusiva ha derivado de una violación del contrato por parte del concedente y entonces podrá actuar contra este último para evigir el resarcimiento de los daños y perjuicios o bien si no se encuentra en situación de suministrar semejante prueba tendrá que sufrir la concurrencia del tercero, el cual no podrá ser considerado responsable por haber concluido un contrato con aquel que viola la cláusula de exclusiva.

La buena o mala fé del tercero, su conocimiento, su ignorancia de la situación, le parecen por ésto al autor citado, inelegantes. (Cfr. op. cit, pág. 316).

- (2). El pacto de exclusiva -dice FERRI- como todo pacto contractual, implica que la obligación de no concu



rencia subsista solamente en las relaciones entre contratantes. Voz "exclusiva". Nov. dig. pág. 692.

- (3). Dice RUBINO: La compravendita. Milano, 1950, pág. 270 a 274: "Por lo que se refiere a la posición respecto de terceros es preciso distinguir. Si el obligado con exclusiva ha vendido o comprado a terceros dentro de la zona de exclusiva, el que tiene derecho a la exclusiva no tiene acción contra el tercero porque la cláusula de exclusiva, como simple pacto obligatorio, queda limitado a las partes y no puede desplegar eficacia frente a terceros, - bien conocieran los terceros o ignoraran la cláusula de exclusiva. Con mayor razón, si el obligado - con exclusiva vende a terceros fuera de la zona de exclusiva, pero sin hacer saber a los terceros la cláusula de exclusiva, los terceros no son responsables si después revenden la mercancía dentro de la zona de la exclusiva. En cambio, si el obligado con exclusiva, vendiendo a terceros fuera de la zona de la exclusiva, ha hecho conocer a éstos el



pacto y la extensión de la zona de exclusiva y, si no obstante esto el tercero después revende la mercancía en la zona de exclusiva de otro, responsable no es ya el obligado con exclusiva, que ha hecho cuanto estaba en su mano y por tanto no incurre en culpa ni puede pensarse en una propia y verdadera garantía del futuro comportamiento del tercero por parte del vendedor sobre el modelo de la garantía por evicción y por vicios que prescinde de la culpa del obligado. En esta hipótesis, en cambio,, responsable deviene el tercero, porque la comunicación de la exclusiva comporta que el tercero asume la obligación de no revender en la zona de exclusiva de otro y, limitadamente a este pacto, el contrato concluido por el tercero viene a ser - un "contrato en favor de tercero", esto es, del que tiene derecho a la exclusiva, el cual, por tanto, adquiere un derecho inmediato contra el promitente y puede accionar directamente contra este en virtud del incumplimiento".

- (4). GULLON BALLESTEROS, Los contratos en daño de tercero, en Rev. Der. Notarial. 1959.

- (5). PLAISANT, Les contrats d'exclusivité, cit. pág. 15 y ss.
- (6). FRANCESCHELLI, Importazioni libere in zone di esclusiva e concorrenza sleales. R.D. Ind. 1954. En la misma Revista, 1956, II, pág. 70; 1957, II, pág. 209 y 242.
- (7). GRAZIANI, Importazioni libere in zona d'esclusiva. Riv. dir. ind. 1954, II, pág. 335.
- (8). LA LUMIA, Ancora su importazioni libere in zona de esclusiva e concorrenza sleale. R.D. Ind. 1955, I pág. 5.
- (9). CARNELUTTI, Il caso Burlando-Palmolive. Riv. dir. ind. 1955, II, pág. 139.
- (10). GRECO, Ancora sulla concorrenza sleale per violazione di esclusiva di vendita. Riv. dir. Comm. 1955, II pág. 447.
- (11). LUZZATTO. Concorrenza sleale, etc. Riv. Prop. ind. 1952, pág. 239.



(12). PERETTI-GRIVA, La messa in vendita di merce estera.  
en R. D. Ind. 1955, II, pág. 150.

(13). PLAISANT, Les contrats d'exclusivité. pág. 14 y ss.